

**Die Genehmigung
unwirksamer Prozeßhandlungen**

**INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu
Münster (Westf.)**

vorgelegt von

Hermann Fenger
aus Wesel

~~1985~~

1986

DIE GENEHMIGUNG UNWIRKSAMER PROZESSHANDLUNGEN

Inauguraldissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte

durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

vorgelegt von

Hermann Fenger
aus Wesel

1985

Erster Berichterstatter : Prof. Dr. Kollhosser

Zweiter Berichterstatter : Prof. Dr. Schlüter

• Dekan : Prof. Dr. Dr. Bleckmann

Tag der mündlichen Prüfung : 4. Februar 1986

INHALTSVERZEICHNIS

Die Genehmigung unwirksamer Prozeßhandlungen

=====

	<u>Seite</u>
Abkürzungsverzeichnis	VII
Literaturverzeichnis	VIII
1. Teil <u>Einleitung und Problemstellung</u>	1
2. Teil <u>Genehmigungstatbestände und deren Grundlagen</u>	4
I. Die Fälle der Prozeßführungsgenehmigung	4
II. Der Einfluß einer Prozeßführungsgenehmi- gung oder deren Verweigerung auf einen Rechtsstreit	7
III. Rechtliche Grundlagen der Genehmigung von Prozeßhandlungen	11
IV. Einzelne Problemkreise der Genehmigungs- tatbestände	14
1. Die Wirkung der Klage eines beschränkt Geschäfts-, aber Prozeßunfähigen	15
2. Genehmigungsfähigkeit von Prozeßhand- lungen Geschäfts- und Prozeßfähiger	17
3. Zulässigkeit einer Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zur Prozeß- führung durch einen beschränkt Ge- schäfts- und damit Prozeßunfähigen	23
4. Möglichkeit einer partiellen Prozeß- fähigkeit	29

3. Teil	<u>Teilbarkeit der bisherigen Prozeßführung</u>	
	<u>anläßlich ihrer Genehmigung</u>	33
I.	Der gegenwärtige Meinungsstand	33
1.	In der Rechtsprechung	33
2.	In der Literatur	35
II.	Vergleich mit anderen Verfahren	40
III.	Rechtsfindung secundum legem	43
1.	Auslegung des Wortlautes der §§ 89 Abs. 2, 551 Nr. 5, 579 Abs. 1 Nr. 4, 1041 Abs. 3 ZPO	43
2.	Die Gesetzessystematik	47
3.	Auslegung unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte	55
a)	Die Entstehung der heutigen Genehmigungsvorschriften	56
b)	Die historische Entwicklung der Prozeßführungsgenehmigung	57
aa)	Die Vorschriften germanischen Ursprungs	57
bb)	Kirchenrechtliche Bestimmungen	60
cc)	Das Prozeßrecht römischen Ursprungs	61
c)	Die Abänderung der restitutio in integrum durch die ZPO	74
4.	Teleologische Auslegung der Genehmigungsvorschriften	76
a)	Der Normzweck der Prozeßführungsgenehmigung und die zugrundeliegende Interessenlage	78
b)	Die Interessen der Beteiligten an einer Teilbarkeit der Prozeßführungsgenehmigung	84
c)	Vereinbarkeit dieser Interessenlage mit dem Normzweck	87

5. Argumentation aus einer vergleichenden Gegenüberstellung des gewillkürten Parteiwechsels und der Prozeßführungsgenehmigung	98
a) Die Teilbarkeit der bisherigen Prozeßführung beim gewillkürten Parteiwechsel	98
aa) Inhalt und Bedeutung	98
bb) Die Zustimmung der Beteiligten als Zulässigkeitsvoraussetzung	101
cc) Die Teilbarkeit nach den verschiedenen zum gewillkürten Parteiwechsel vertretenen Auffassungen	106
(1) Nach der Klageänderungstheorie	106
(2) Die Lehre Kischs	111
(3) Die Ansicht von de Boor	115
dd) Auswirkungen der Teilbarkeit	117
(1) Beim Wechsel auf der Beklagenseite	119
(2) Beim Wechsel auf der Klägerseite	122
b) Übertragbarkeit dieser Regeln auf die Prozeßführung anlässlich ihrer Genehmigung	126
c) Auswirkung auf die Teilbarkeit der bisherigen Prozeßführung anlässlich ihrer Genehmigung	133
aa) Prozeßführungsgenehmigung auf der Beklagenseite	133
(1) Bisherige Prozeßhandlungen des Beklagten	133
(2) Die gerichtlichen Handlungen	140
(3) Auswirkung für den Kläger	141

	<u>Seite</u>
bb) Prozeßführungsgenehmigung auf der Klägersseite	143
(1) Bisherige Prozeßhandlungen des Klägers	143
(2) Die gerichtlichen Handlungen	146
(3) Auswirkung für den Beklagten	146
6. Vereinbarkeit dieses Auslegungsergeb- nisses mit den allgemeinen Wertungen der ZPO	148
7. Die Grenzen einer Auslegung	159
IV. Ergebnis	161
4. Teil <u>Die Folgen einer Genehmigung einzelner unwirksamer Prozeßhandlungen</u>	162
I. Die Frage der Rückwirkung	162
II. Fristen zur Genehmigungserteilung	163
III. Die Form der eingeschränkten Genehmigung	165
IV. Der Adressat einer solchen Erklärung	167
V. Der Einfluß des nicht genehmigten Teiles auf die weitere Prozeßführung	169
5. Teil <u>Übertragbarkeit der Ergebnisse auf andere Verfahrensordnungen</u>	171
6. Teil <u>Zusammenfassung und Ausblick</u>	172

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

gew. Parteiwechsel	gewillkürter Parteiwechsel
ÖZPO	Österreichische Zivilprozeß- ordnung
PKH	Prozeßkostenhilfe
Vorbem.	Vorbemerkung

Im übrigen werden die gebräuchlichen Abkürzungen nach:

"Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache,
3. Auflage, Berlin 1983

Duden, Rechtschreibung der deutschen Sprache und der
Fremdwörter, 18. Auflage, Mannheim, Wien, Zürich 1980"

benutzt.

LITERATURVERZEICHNIS

- Anton, Udo Die "Genehmigung" von Rechtsgeschäften und Prozeßhandlungen
Diss. Bonn 1969
- Arens, Peter Willensmängel bei Parteihandlungen im Zivilprozeß
Bad Homburg v.d.H., Berlin, Zürich 1968
- Arndt Die Parteiänderung im Zivilprozeß
in: DGWR 1938, 33ff
- Baumbach/Lauterbach/
Albers/Hartmann Kommentar zur Zivilprozeßordnung
43. Aufl., München 1985
- Baumgärtel, Gottfried Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren
in: ZZP 69, 89ff
- Baur, Fritz Anmerkung zur Entscheidung des OLG Frankfurt
in: DNotZ 1965, 482, daselbst 484ff
- Baur, Fritz Richtermacht und Formalismus im Verfahrensrecht
in: Summum ius, summa iniuria, S. 97
- Bernhardt, Wolfgang Zivilprozeßrecht
3. Aufl., Berlin 1968
- Blomeyer, Karl Zivilprozeßrecht - Erkenntnisverfahren
Berlin, Göttingen, Heidelberg 1963
- Bötticher, Eduard Die Gleichheit vor dem Richter
Hamburger Universitätsreden Nr. 16
Selbstverlag der Universität Hamburg 1954
- Bötticher, Eduard Rechtsnachfolge in die Prozeßführungsbefugnis
in: Festschrift für Rudolf Lann, 1948, S. 295ff
- Bötticher, Eduard Anmerkung zu BGHZ 21, 285ff
in: MDR 1958, 230f

- | | |
|------------------------|--|
| Bomsdorf, Falk | Prozeßmaximen und Rechtswirklichkeit
Berlin 1971 |
| de Boor, H.-O. | Die Auflockerung des Zivilprozesses
Tübingen 1939 |
| de Boor, H.-O. | Zur Lehre vom Parteiwechsel und vom Parteibegriff
in: Leipziger rechtswissenschaftliche Studien 1941, Nr. 124 |
| de Boor/Erkel | Zivilprozeßrecht
2. Aufl., Wiesbaden 1961 |
| Brüggemann, Dieter | Judex statutor und judex investigator
Bielefeld 1968 |
| Bruns, Rudolf | Zivilprozeßrecht
2. Aufl., München 1979 |
| Bülow, Oskar | Die Lehre von den Prozeßeinreden und den Prozeßvoraussetzungen
Neudruck der Ausgabe Gießen 1868
Aalen 1969 |
| Bülow, Oskar | Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten
in: AcP 62, 1ff |
| Bülow, Oskar | Die neue Prozeßrechtswissenschaft und das System des Civilprozeßrechts
in: ZZP 27, 201ff |
| Bull, Hans-Joachim | Abhandlungen im Zivilprozeß
München, Berlin 1961 |
| Bull, Hans-Joachim | Aktivierung des Zivilprozesses
in: ZZP 72, 337 |
| Bunsen, Fr. | Die Parteien im Civilprozesse
in: ZZP 26, 197ff |
| Busse | de ratihabitione
Leipzig 1834 |
| Canaris, Claus-Wilhelm | Die Feststellung von Lücken im Gesetz
in: Schriften zur Rechtstheorie
Heft 3, Berlin 1964 |

Canaris, Claus-Wilhelm	Geschäfts- und Verschuldensfähigkeit bei Haftung aus "culpa in contrahendo", Gefährdung und Aufopferung in: NJW 1964, 1987ff
Cohn, Fritz	Das Wesen der Genehmigung bei der Stellvertretung ohne Vertretungsmacht und ihre Wirkung Diss. Greifswald 1909
Dahlmanns, Gerhard J.	Neudrucke zivilprozessualer Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts Band 1 und Band 2 Aalen 1971
Dehmer, Hans	Probleme des Minderjährigen-Schutzes im Zivilprozeß Diss. Freiburg 1977
Deüs, Henning	Der Irrtum bei der Klageerhebung und bei der Einlegung von Rechtsmitteln Diss. Bonn 1933
Eccius	Die Stellung des Richters bei der Terminsbestimmung im Falle einer Ladung durch die Partei in: Gruchot 29, 1ff
Eckhardt, Karl August	Die Gesetze des Karolingerreiches Weimar 1934
Eckhardt, Karl August	Gesetze des Merowingerreiches Weimar 1935
Endemann, Wilhelm	Das deutsche Zivilprozeßrecht Heidelberg 1868
Engisch, Karl	Einführung in das juristische Denken 8. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1983
Enneccerus/Nipperdey	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Band 2 15. Aufl., 1960
Entwurf	einer Verwaltungsprozeßordnung herausgegeben vom Bundesminister der Justiz Bonn 1978

Entwurf	einer Zivilprozeßordnung 1931 herausgegeben vom Reichsjustiz- ministerium Berlin 1931
Esser, Josef	Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung München, Berlin 1969
Esser, Josef	Wert und Bedeutung der Rechts- fiktionen 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1969
Eyermann/Fröhler	Kommentar zur VwGO 8. Aufl., München 1980
Fecht, H.A.	Civil-Proceß-Ordnung des König- reichs Württemberg Erläuterungen Band 1 und Band 2 Stuttgart 1868
Fenn, Herbert	Die Ausschlußbeschwerde im Zivil- prozeß und im Verfahren der frei- willigen Gerichtsbarkeit Bielefeld 1961
Fitting	Zur Auslegung der Reichs-Civil- prozeßordnung in: AcP 61, 409ff
Flume, Werner	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts I Band 2 3. Aufl., 1977 und 1983
Förster/Kann	Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich Band 1 Berlin 1913
Franz, Wolfgang	Der gewillkürte Parteiwechsel und seine Auswirkungen Diss. Frankfurt a.M. 1968
Franz, Wolfgang	Zur Behandlung des gewillkürten Parteiwechsels im Prozeß in: NJW 1972, 1743
Friedrich	Über die Prozeßfähigkeit und die Folgen ihres Mangels Diss. Gießen 1928
Gaupp	Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich 2. Aufl., 1890-1892

- | | |
|----------------------|--|
| Gaupp/Stein | Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich
Band 1 und Band 2
5. Aufl., Tübingen, Leipzig 1902 |
| Gebler, Heinz | Mangel der gesetzlichen Vertretung im deutschen Zivilprozeß
Diss. Leipzig 1931 |
| Gelhaar | Anmerkung zu BGHZ 21, 285ff
LM § 264 ZPO Nr. 10 Bl. 1 ff |
| Goldschmidt, James | Der Prozeß als Rechtslage
Berlin 1925 |
| Goldschmidt, James | Zivilprozeßrecht, Lehrbuch
2. Aufl., Berlin 1932 |
| Gräber, Fritz | Kommentar zur Finanzgerichtsordnung
München 1977 |
| Griesbeck, Michael | Venire contra factum proprium
Diss. Würzburg 1978 |
| Groß, Rolf | Das Verhältnis der Klageänderung zur Klagerücknahme
in: ZZP 75, 93 |
| Groß, Rolf | Klageänderung und Klagerücknahme
in: ZZP 75, 447 |
| Groß, Rolf | Zur Anwendung der Klageänderungs- und Klagerücknahmevorschriften auf den Parteiwechsel
in: ZZP 76, 200 |
| Grundmann, Martin | Der Minderjährige im Zivilprozeß
Bochum 1980 |
| Grunsky, Wolfgang | Grundlagen des Verfahrensrechts
2. Aufl., Bielefeld 1974 |
| Grunsky, Wolfgang | Der Veräußerung der streitbefangenen Sache
Tübingen 1968 |
| Günthel, Gerald | Die Fehlerhaftigkeit von Prozeßhandlungen der Partei und die Möglichkeit ihrer Heilung
Diss. Marburg 1966 |
| Habscheid, Walter J. | Freiwillige Gerichtsbarkeit
7. Aufl., München 1983 |

- Hahn, C. Die gesammelten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen
Die gesammelten Materialien zur Civilprozeßordnung vom 30.1.1877
Berlin 1880
- Hahn, C. Die gesammelten Materialien zur Civilprozeßordnung von 1877
1. Band
Berlin 1898
- Hahn, C. Die gesammelten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen
Band 8
Berlin 1898
- Heck, Philipp Das Problem der Rechtsgewinnung
Bad Homburg, Berlin, Zürich 1968
- Heck, Philipp Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz
Tübingen 1932
- Hein, Wolfgang Identität der Partei
Band 1
Berlin, Leipzig 1918
- Hellmann Zur Lehre von dem Mangel der Prozeßfähigkeit, der Legitimation als gesetzlicher Vertreter und der Prozeßvollmacht nach deutschem Civilprozeßrecht
in: ZJP 27, 261ff
- Hellwig, Konrad Lehrbuch des Zivilprozeßrechts
Band 2 und Band 3
Leipzig 1907
- Hellwig, Konrad System des Deutschen Zivilprozeßrechts
Band 1 und Band 2
Leipzig 1912
- Hellwig, Konrad Bspr. von Rosenberg, Stellvertretung im Prozesse
in: ZJP 39, 364ff
- Henckel, Wolfram Der gewillkürte Parteiwechsel
in: DRiZ 62, 226
- Henckel, Wolfram Parteibegriff und Rechtskrafterstreckung
in: ZJP 70, 448ff

Henckel, Wolfram	Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß in: Heidelberger Rechtswissen- schaftliche Abhandlungen, her- ausgegeben von der jur. Fakultät Heidelberg 1961
Henckel, Wolfram	Prozeßrecht und materielles Recht Göttingen 1970
Hoche, Ulrich	Zivilprozeßrecht Nürnberg, Düsseldorf, Berlin, Frankfurt a.M. 1954
Höpfner	Vertretung ohne Vollmacht im Civilprozess Diss. Göttingen 1899
Hoffmann, Hermann	Die Genehmigung im Bürgerlichen Gesetzbuch Diss. Greifswald 1903
Hofmann, Klaus	Anmerkung zu BGHZ 64, 185ff in: NJW 1964, 1026
Holzhammer, Richard	Parteihäufung und einheitliche Streitpartei Wien, New York 1966
Jauernig	Zivilprozeßrecht 20. Aufl., München 1983
Jone, P. Heribert	Gesetzbuch der lateinischen Kirche Band 3 2. Aufl., Paderborn 1953
Just	Civilprozessrechtliche Contro- versen in: AcP 68, 229ff
Justinian	Das Corpus juris civilis, Über- setzt von C.E. Otto, B. Schilling und C. Sintenis 4. Band Leipzig 1832
Kann	Bspr. zu Hein, Identität der Par- tei Band 1 in: JW 1920, 349
Karpinski, Paul	Die Folgen der Prozeßunfähigkeit Diss. Breslau 1934

- Keidel/Kuntze/Winkler Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
11. Aufl., München 1979
- Kisch, Wilhelm Anmerkung zu RG, JW 1934, 2615ff
ebenda, 2615f
- Kisch, Wilhelm Parteien, Prozeßverbindungen und Parteiänderung im Zivilprozeß-entwurf
in: Judicium 1931, 235ff
- Kisch, Wilhelm Parteiänderung im Zivilprozeß
München 1912
- Kleinknecht/Müller/Reitberger Kommentar zur Strafprozeßordnung
36. Aufl., Darmstadt 1983
- Klug, Ulrich Juristische Logik
2. Aufl., Berlin, Göttingen, Heidelberg 1958
- Knack, Hans-Joachim Verwaltungsverfahrensgesetz
Köln, Berlin, Bonn, München 1976
- Kohler, Josef Gesammelte Beiträge zum Civilprozeß
Berlin 1894
- Krantz, Georg Parteiänderung im Zivilprozeß
Königsberger Dissertation
Erlangen 1919
- Langer, Adalbert Rechtsuchender und Richter in Österreich
in: JZ 1977, 376ff
- Larenz, Karl Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts
6. Aufl., München 1983
- Larenz, Karl Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung
Leipzig 1927
- Larenz, Karl Methodenlehre der Rechtswissenschaft
5. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 1983
- Lent, Friedrich Anmerkung zu BGHZ 21, 285ff
in: JZ 1956, 762f

- v. Loeper, Eisenhart Gewillkürte Parteiänderung und Umdeutung der Parteibezeichnung im Zivilprozeß
Diss. Tübingen 1970
- Lukes, Rudolf Der beschränkt Geschäftsfähige als Prozeßvertreter
in: ZZP 69, 141ff
- Luxenberg Zur Lehre von der mangelhaften Parteihandlung im Zivilprozeß und ihrer Heilung
Diss. Erlangen 1935
- Marten, Udo Parteiwechsel im Zivilprozeß
Diss. Braunschweig 1929
- Meiss, Wilhelm Bspr. von Stein-Jonas-Schönke-Pohle
Kommentar zur ZPO, 18. Aufl.
in: ZZP 69, 471ff
- Messer, H. Anmerkung zu LG Münster
in: NJW 1978, 2558
- v. Mettenheim, Christoph Der Grundsatz der Prozeßökonomie im Zivilprozeß
Diss. Berlin 1969
- Meyer/Borgs Verwaltungsverfahrensgesetz
2. Aufl., Frankfurt a.M. 1982
- Meyer/Ladewig Sozialgerichtsgesetz
2. Aufl., München 1982
- Moller, Hans Klageänderung und vorläufige Vollstreckbarkeit
in: NJW 1966, 1397ff
- Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich
Band 1
Berlin, Leipzig 1888
- Müller/Sax Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum GVG und zum OWiG
6. Aufl., 1966
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Band 1
2. Aufl., München 1984
- Mugdan Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich
Berlin 1899

- Nawiasky, Hans Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe
2. Aufl., Einsiedeln, Zürich, Köln 1948
- Niese, Werner Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen
Göttingen 1950
- Nikisch, Arthur Zivilprozeßrecht
2. Aufl., Tübingen 1952
- Nitschke, Manfred Die Wirkung von Rechtsscheintatbeständen zu Lasten Geschäftsunfähiger und beschränkt Geschäftsfähiger
in: JuS 1968, 541ff
- Nussbaum, Arthur Die Prozeßhandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse
in: Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches
Band 17, 1908
- Oertmann, Paul Die Rechtsbedingung
Leipzig und Erlangen 1924
- Oertmann, Paul Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen
3. Aufl., Berlin 1927
- Oertmann, Paul Ein Beitrag zur Frage der Prozeßunfähigkeit geschäftsbeschränkter Personen
in: Judicium, Vierteljahresschrift für die gesamte Zivilrechtspflege
Band 1
1928/29, S. 169ff
- Oetker, Friedrich Juristisches Literaturblatt
Jahrgang 5 (1980), S. 188ff
- Osterloh, Robert Der ordentliche bürgerliche Prozeß
Band 1
4. Aufl., Leipzig 1860
- Palandt Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
44. Aufl., München 1985

- Palm, Heinz Die nachträgliche Erteilung der verweigerten Genehmigung
Bielefeld 1964
- Pawlowski, Hans-Martin Aufgabe des Zivilprozesses
in: ZZP 80, 345ff
- Petersen Über den Parteibegriff und die Parteifähigkeit
in: ZZP 18, 1ff
- Planck, J.W. Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts
Nördlingen 1887
- Pohle, Rudolf Bspr. der 8. Aufl. von Rosenbergs Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts
in: MDR 1960, 963
- Pohle, Rudolf Bspr. zu "Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen" von W. Niese
in: MDR 1951, 702
- Pohle, Rudolf Bspr. von Blomeyer: Zivilprozeßrecht (Erkenntnisverfahren)
in: MDR 1964, 451
- Pohle, Rudolf Gedanken zum gesetzlich nicht geregelten, gewillkürten Parteiwechsel
in: Festschrift für Charalambos N. Fragistas
1967, S. 133ff
- Putzo, Hans Anmerkung zu BGHZ 40, 185ff
in: NJW 1964, 500ff
- Regelsberger Bspr. von R. Seuffert: Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte
in: Kritische Vierteljahresschrift XI, 371ff
- Renaud, Achilles Lehrbuch des Gemeinen deutschen Civilprozeßrechts mit Rücksicht auf die neueren Civilprozeßgesetzgebungen - Der ordentliche Prozeß
2. Aufl., Leipzig 1873
- Rogge, August Über das Gerichtsverfahren der Germanen
Halle 1820

Rosenberg, Leo	Die gewillkürte Parteiänderung in der Berufungsinstanz in: ZZP 70, 1ff
Rosenberg, Leo	Über die gewillkürte Parteiänderung in der Berufungsinstanz in: ZZP 68, 1ff
Rosenberg, Leo	Stellvertretung im Prozeß Berlin 1908
Rosenberg, Leo	Zivilprozeßrecht 6. Aufl., München, Berlin 1954
Rosenberg/Schwab	Zivilprozeßrecht 13. Aufl., München 1981
Sauer, Wilhelm	Grundlagen des Prozeßrechts 2. Aufl., Stuttgart 1929
v. Savigny, Friedrich Carl	System des heutigen römischen Rechts Band 5 Berlin 1846
Scheller, R.	Bedeutung und Wirkung der Rati- habition Diss. Heidelberg 1887
Schiedermaier, Gerhard	Vereinbarungen im Zivilprozeß Bonn 1935
Schlosser, Hans	Spätmittelalterlicher Zivil- prozeß nach bayrischen Quellen Köln, Wien 1971
Schmidt, Eberhard	Vom Sinn und der Notwendigkeit wissenschaftlicher Behandlung des Strafprozeßrechts in: ZStW 65, 161ff
Schmidt, Richard	Lehrbuch des deutschen Zivilpro- zeßrechts 2. Aufl., Leipzig 1906
Schneider, Egon	Anmerkung zu BGH, NJW 1980, 945 ebenda
Schneider, Egon	Hinweise für die Prozeßpraxis in: Büro 1967, Sp. 701ff (Sp. 708ff 6. Parteiwechsel)
Schönke, Adolf	Zum Parteibegriff und zur Lehre vom Parteiwechsel in: Jur Bl 1951, 528ff

- Schönke/Kuchinke Zivilprozeßrecht
9. Aufl., Karlsruhe 1969
- Schönke/Schröder/Niese Lehrbuch des Zivilprozeßrechts
8. Aufl., Karlsruhe 1956
- Schoofs, Hans Gert Entwicklung und aktuelle Bedeutung der Regeln über Geständnis und Nichtbestreiten im Zivilprozeß
Diss. Münster 1980
- Schwab, Karl-Heinz Bspr. der 8. Aufl. von Rosenbergs Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts
in: ZZP 73, 477ff
- Seuffert, Lothar Die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte
Würzburg 1868
- Seuffert, Lothar Über die teilweise Genehmigung der Geschäftsführung
Inaugural-Abhandlung
Würzburg 1868
- Seuffert/Walsmann Kommentar zur Zivilprozeßordnung, von Lothar v. Seuffert, 12. Aufl., von Hans Walsmann
Band 1
München 1932
- Siegel, Heinrich Die Erholung und Wandelung im gerichtlichen Verfahren
Wien 1863
- Siegel, Heinrich Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens
Band 1
Gießen 1857
- Siegert, Karl Die Prozeßhandlung, ihr Widerruf und ihre Nachholung
Berlin 1929
- Sintenis, Carl Friedrich Ferdinand Das praktische gemeine Civilrecht I
Leipzig 1844
- Soergel/Siebert Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
11. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1978

- Volkmar
Der Wechsel der Parteien im Zivilprozeß im Lichte der neueren Praxis
in: ZAKDR 1938, 101ff
- Vollkommer, Max
Die lange Dauer der Zivilprozesse und ihre Ursachen
in: ZZP 81, 102
- Vollkommer, Max
Formenstrenge und prozessuale Billigkeit
München 1973
- Wach, Adolf
Handbuch des Deutschen Zivilprozessrechts
Band 1
Leipzig 1885
- Wagemeyer, Hans
Der gesetzliche Parteiwechsel und die Prozeßstandschaft des § 265 ZPO
in: Beiträge zum Zivilrecht und Zivilprozeß
herausgegeben von Rudolf Bruns
1954
- Walsmann, Hans
Der Irrtum im Prozeßrecht
in: AcP 102, 1ff
- Walsmann, Hans
Bspr. zu Hein, Identität der Partei
Berlin und Leipzig 1918, 1925
in: ZZP 54, 203ff
- Wassermann, Rudolf
Der soziale Prozeß
(Demokratie und Rechtsstaat)
Band 37
Neuwied und Darmstadt 1978
- Weber, Friedrich
Zur Methodik des Prozeßrechts
in: Studium generale 1960, 183ff
- Weimar, Wilhelm
Der Taschengeldparagraph
in: MDR 1962, 237ff
- Weismann, Jakob
Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts
Band 1 und Band 2
Stuttgart 1903 und 1905
- v. Welck, Magnus
Die rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers im heutigen deutschen Civilprozesse
in: Gruchot 36, 497ff

Wetzell, Georg Wilhelm	System des ordentlichen Civil- prozesses 3. Aufl., Leipzig 1878
Wieczorek	Zivilprozessordnung und Nebenge- setze auf Grund der Rechtspre- chung kommentiert Band 1 2. Aufl., Berlin, New York 1976
Wieser, Eberhard	Das Rechtsschutzinteresse des Klägers im Zivilprozeß Bielefeld 1971
Wieser, Eberhard	Zulässigkeit und Begründetheit der Klage in: ZZP 84, 304ff
Wilckens, Uwe	Grenzen der Klageänderung durch Parteiwechsel in: MDR 1957, 207f
Wohlhaupter, Eugen	Gesetze der Westgoten Weimar 1936
Wurzer	Die Prozeßvoraussetzungen in: Gruchot 64, 41ff
Zeihe, Paul-Arthur	Parteiwechsel im Wege der Klage- änderung in: SGB 1964, 96ff
Zeiss, Walter	Zivilprozeßrecht 5. Aufl., Tübingen 1982
Ziemer/Birkholz	Kommentar zur Finanzgerichts- ordnung 3. Aufl., München 1978
Zimmermann	Der Wortlaut des Gesetzes im Spiegel höchstrichterlicher Rechtsprechung in: NJW 1956, 1262f
Zöllner, Richard	Zivilprozeßordnung 14. Aufl., München 1984

1. Teil Einleitung und Problemstellung

Der Gesetzgeber hat in den §§ 89 Abs. 2, 551 Nr. 5, 579 Nr. 4 und 1041 Abs 1 Nr. 3 ZPO die Möglichkeit geschaffen, eine unwirksame Prozeßführung durch eine Genehmigung wirksam werden zu lassen. Die Frage einer Genehmigung stellt sich dann, wenn der Mangel erst nach Ablauf eines Verfahrensabschnittes bemerkt wird, in dem eine Reihe von Prozeßhandlungen vorgenommen worden ist. Es wurde dabei jedoch nicht ausdrücklich geregelt, ob diese Genehmigung sämtliche Prozeßhandlungen zu umfassen hat. Was unter dem Begriff "Prozeßführung" im einzelnen zu verstehen ist, regelt das Gesetz nicht. Aus der wörtlichen Auslegung des Begriffes ergibt sich jedoch bereits ohne weiteres, daß eine Genehmigung sich auf sämtliche bis zum Zeitpunkt des Ausspruches der Genehmigung erfolgten Prozeßhandlungen, also auf die Prozeßführung insgesamt beziehen kann. Fraglich ist dagegen, ob eine Genehmigung auch so ausgesprochen werden kann, daß nur einzelne in der Vergangenheit liegende Prozeßhandlungen und nicht die gesamte Prozeßführung genehmigt werden kann mit der Wirkung, daß nur die genehmigten Prozeßhandlungen wirksam werden.

Deutlich wird dies in dem 1925 vom Reichsgericht entschiedenen Fall einer Frau, deren Ehe auf ihre Widerklage hin aus beiderseitigem Verschulden geschieden wurde. Nach Ausspruch des erstinstanzlichen Urteils erklärten beide Parteien durch ihre Prozeßbevollmächtigten einen Rechtsmittelverzicht. Danach stellte sich heraus, daß die Ehefrau während des gesamten Zeitablaufes der ersten Instanz geisteskrank und damit prozeßunfähig war. Vom Vormundschaftsgericht wurde ihr nun in allen persönlichen und vermögensrechtlichen Angelegenheiten ein Pfleger bestellt. Dieser trat als ihr gesetzlicher Vertreter in den Rechtsstreit ein und legte gegen das Urteil der ersten Instanz Berufung ein. Er genehmigte zwar die erstinstanzliche Prozeßführung,

jedoch nicht den ausgesprochenen Rechtsmittelverzicht. Das Oberlandesgericht als Berufungsinstanz sah eine solche eingeschränkte Genehmigung als zulässig an, änderte das landgerichtliche Urteil zugunsten der Ehefrau ab und gab dem Berufungsantrag statt. Hiergegen legte der klagende Ehemann Revision ein. Das Reichsgericht hob daraufhin das Berufungsurteil auf, verwarf die Berufung als unzulässig und verwies die Ehefrau auf die Nichtigkeitsklage. Das Reichsgericht hielt es für unzulässig, daß der Kläger die Genehmigung der erstinstanzlichen Prozeßführung auch nur eingeschränkt erteilt und den Berufungsverzicht von der Genehmigung ausgenommen hat: Die Prozeßführung sei ein einheitliches Ganzes; der Mangel, den sie in Folge der Prozeßunfähigkeit einer Partei habe, werde durch die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters mit rückwirkender Kraft geheilt; sie werde dann so angesehen, als sei der Prozeßunfähige prozeßfähig gewesen. Wörtlich begründete das Reichsgericht dies wie folgt: "Daraus folgt, daß die Genehmigung nicht auf einen Teil der Prozeßhandlungen beschränkt werden kann. Wenn der gesetzliche Vertreter in den von dem Prozeßunfähigen geführten Rechtsstreit eintritt, hat er nur die Wahl entweder die bisherige Prozeßführung zu genehmigen oder die Folgen der Prozeßunfähigkeit geltend zu machen. Schließt der einzelne eine einzelne Prozeßhandlung, etwa ein von dem Prozeßunfähigen abgelegtes Geständnis oder, wie hier einen Rechtsmittelverzicht von der Genehmigung aus, so ist die eingeschränkte Genehmigung völlig unwirksam".¹

Rechtsprechung und Literatur haben sich in der Folgezeit diesem Ergebnis im wesentlichen ohne nähere Be-

¹ Diese Entscheidung ist abgedruckt in RGZ 110, 228ff.

gründung angeschlossen.¹

Diese Arbeit untersucht, ob eine Genehmigung den gesamten Bereich der bis dahin vorgenommenen Prozeßhandlungen zwangsläufig umfaßt oder ob einzelne Prozeßhandlungen ausgenommen sein können.

1 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 56 Anm. 1 c; Hellwig, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, BAnd 2, S. 340; Förster/Kann § 56 Anm. 1 a aa; Bernhardt, Das Zivilprozeßrecht, S. 123; Hoche, Zivilprozeßrecht, S. 80; Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, § 27 II 2, S. 253; Lukes, ZZP 64, 151; Nikisch § 30 IV 2, S. 116. Siehe aber auch die ausführliche (ablehnende) Stellungnahme Antons, Die Genehmigung von Rechtsgeschäften und Prozeßhandlungen, S. 151f. Thomas/Putzo § 51 Anm. III 4 d; Jauernig § 20 IV 2 b, S. 54.
vgl. zur Rechtsprechung: BGHZ 10, 147; zuletzt BGHZ 92, 137/140.

2. Teil Genehmigungstatbestände und deren Grundlage

Die Zivilprozeßordnung hat die Genehmigung von Prozeßhandlungen nicht in einem einheitlichen Institut, sondern in verschiedenen Vorschriften geregelt. Die Sachverhalte, in denen die Genehmigung von Prozeßhandlungen in Betracht kommt, beruhen auf unterschiedlichen Tatbestandskomplexen. Daher soll zunächst der Umfang der denkbaren Genehmigungstatbestände und der dabei auftretenden Streitfragen die Bedeutung und Auswirkung einer Teilbarkeit der Prozeßführungsgenehmigung aufzeigen.

I. Die Fälle der Prozeßführungsgenehmigung

Eine systematische Erfassung der Fälle der Prozeßführungsgenehmigung muß von den Möglichkeiten ausgehen, die zu einer unwirksamen Prozeßhandlung führen können. Insofern ist zu unterscheiden:

1. Die Partei führt den Prozeß selbst ohne Einschaltung eines Vertreters. Die Prozeßhandlungen dieser Partei sind unwirksam, wenn die Partei prozeßunfähig ist. In diesem Fall sind ihre Handlungen genehmigungsfähig. Nicht genehmigungsfähig sind dagegen Prozeßhandlungen eines Postulationsunfähigen. Hier ist eine Neuvernahme erforderlich.¹
2. Davon sind zu unterscheiden die Fälle, in denen für die Partei ein Vertreter auftritt, hauptsächlich also der Anwaltsprozeß.
 - a) Eine von einem Vertreter vorgenommene Prozeßhandlung ist unwirksam, wenn es an der Vertretungsmacht fehlt.

¹ vgl. BSG, NJW 1960, 1492f; OLG Braunschweig, MDR 1957, 425f.

- aa) Dies kann einmal darauf beruhen, daß die Vollmacht nicht wirksam erteilt ist (Beispiel: Die Prozeßpartei, die die Vollmacht erteilt hat, ist geschäftsunfähig.).¹
- bb) Denkbar sind aber auch Fälle, in denen die Vollmacht wegen Verstoßes gegen zwingende gesetzliche Vorschriften nicht wirksam ist (Beispiel: Fälle des Selbstprozessierens, weiter, wenn etwa dieselbe Person gleichzeitig Partei und gleichzeitig Vertreter des Gegners ist; in beiden Fällen liegt ein Verstoß gegen § 181 BGB vor, der zur Unwirksamkeit der Vollmacht führt.).²
- cc) Besonders zu behandeln sind auch die Fälle, in denen zwar eine Vollmacht erteilt ist, diese jedoch entgegen ihrer inhaltlichen Einschränkung abredewidrig gebraucht wurde.
- b) Von den Fällen fehlerhafter Vollmachtserteilung sind diejenigen zu unterscheiden, in denen zwar eine wirksame Vollmacht vorliegt, die Prozeßhandlung jedoch deshalb unwirksam ist, weil Mängel in der Erklärung des Vertreters vorliegen (Beispiel: Der die Partei vertretende Anwalt ist geschäftsunfähig.).³
- c) Die Rechtsprechung hat ferner eine Genehmigungsmöglichkeit in analoger Anwendung des § 579 Abs. 1 Nr. 4 ZPO bei übersehener Parteiunfähigkeit bejaht.⁴

1 so BGHZ 41, 104/106f.

2 vgl. BGHZ 51, 27ff; BGH, NJW 1973, 1714.

3 vgl. BAGE 17, 284, BVerfGE 37, 76ff; vgl. auch Kar-pinski, Die Folgen der Prozeßunfähigkeit, S. 9f.

4 siehe BGH, LM Nr. 2 zu KRG Z; so auch schon OLG Celle, JW 1920, 908; OLG Stuttgart, JW 1936, 1145.

In sämtlichen vorstehend zu Ziff. 1 und 2 dargestellten Fällen kann die Frage, wer die Genehmigung auszusprechen hat, durchaus unterschiedlich zu beantworten sein. Fehlt der Partei die Geschäftsfähigkeit, kommt in Betracht, daß der gesetzliche Vertreter die Genehmigung ausspricht. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist eine Prozeßführungsgenehmigung auch dann denkbar, wenn ein Prozeßunfähiger einen Prozeß beginnt, den sein Erbe aufnimmt und fortführt.¹

Erlangt der Geschäftsunfähige während des Rechtsstreits die Prozeßfähigkeit, kann er selbst eine bisherige Prozeßführung genehmigen (vgl. §§ 551 Nr. 5, 579 Nr. 3 ZPO i.V.m. § 108 Abs. 3 BGB analog).²

3. Von den vorstehend dargestellten Fällen der unwirksamen, aber genehmigungsfähigen Prozeßhandlungen ist der Fall zu unterscheiden, in dem während des bisherigen Prozeßverlaufs bereits wirksame Prozeßhandlungen vorliegen. Dabei stellt sich jedoch für eine neu in den Prozeß eintretende Partei die Frage, ob sie diese Prozeßhandlungen für und gegen sich wirken lassen will. Hauptfall ist in diesem Zusammenhang beispielsweise die subjektive Klageänderung in Form des gewillkürten Parteiwechsels.
4. Keine Fälle der Prozeßführungsgenehmigung sind die Fälle, in denen eine Unterbrechung oder Aussetzung des Verfahrens nach §§ 241, 246 ZPO erfolgt ist, und der Prozeß vom gesetzlichen Vertreter durch bloße Weiterführung wieder aufgenommen wird. In diesen Fällen ist die bisherige Prozeßführung wirksam

1 vgl. BGHZ 23, 207/212.

2 siehe hierzu Thomas/Putzo § 51 Anm. III 4 d.

und bedarf keiner Genehmigung. Es liegt auch kein Parteiwechsel vor, der eine Genehmigung der bisherigen Prozeßführung möglich oder nötig machen würde.¹

Ebenso werden die Fälle nicht untersucht, in denen eine Prozeßhandlung noch widerruflich ist, wie z.B. vor Zugang an den Adressaten.²

Auch die Frage, ob die Parteien einverständlich einen Teil der bisherigen Prozeßführung unberücksichtigt lassen können, soll hier nicht näher dargestellt werden.³ Ob dies möglich ist, entscheidet sich incidenter mit der Beantwortung der vorgegebenen Fragestellung. Ist eine Teilbarkeit der bisherigen Prozeßführung durch einseitige Erklärung einer Partei zulässig, bestehen gegen eine einverständliche Nichtberücksichtigung eines Teiles des Prozeßstoffes keine Bedenken.

II. Der Einfluß einer Prozeßführungsgenehmigung oder deren Verweigerung auf einen Rechtsstreit

Tritt in einem laufenden Verfahren eine der zuvor beschriebenen Situationen ein, stellt sich die Frage, ob eine Genehmigung der bisherigen Prozeßführung erteilt werden soll.⁴ Die Frage des Umfangs sei hier noch dahingestellt. Um dies sachgerecht beurteilen zu können,

1 siehe hierzu Jauernig § 20 IV 2 c, S. 51.

2 Stein/Jonas/Schönke, Vorbem. V 4 a vor § 128; Stein/Jonas/Pohle, Vorbem XI 3 k vor § 128; Arens, Willensmängel bei Parteihandlungen im Zivilprozeß, S. 41.

3 vgl. hierzu Rosenberg/Schwab, Zivilprozeß, § 78 II 2 a, S. 437; auch RGZ 151, 98; OLG Köln, MDR 1973, 233; Brüggemann, Iudex statutor und iudex investigator, S. 452ff.

4 Die Prozeßführungsgenehmigung kann noch in der Revisionsinstanz erteilt werden; vgl. RGZ 126, 261/263; BGHZ 41, 104/106.

muß die Wirkung einer Genehmigung oder deren Verweigerung bekannt sein. Hier ist wieder zu unterscheiden:

1. Nimmt eine prozeßunfähige Partei Prozeßhandlungen vor, sind diese wegen Verstoßes gegen die gesetzlich angeordnete Vertretung nach §§ 50ff ZPO unwirksam.

a) Wird eine Genehmigung nach §§ 56 Abs. 2, 551 Nr. 5, 579 Nr. 4 ZPO erteilt, kann das erkennende Gericht ein Sachurteil erlassen.

b) Wird dagegen die Genehmigung verweigert, gilt folgendes:

aa) In einem laufenden Rechtsstreit hat ein abweisendes Prozeßurteil zu ergehen.

bb) Ist ein Urteil oder Schiedsspruch bereits ergangen, eröffnen sich die Möglichkeiten einer Revision nach §§ 551 Nr. 5, einer Wiederaufnahme nach § 579 Nr. 4 oder einer Aufhebungsklage nach § 1041 Abs. 1 Nr. 3 ZPO.

2. Ist die Unwirksamkeit der vorgenommenen Prozeßhandlung innerhalb der Vollmachtserteilung oder Ausnutzung einer Vollmacht zu suchen, gilt folgendes:

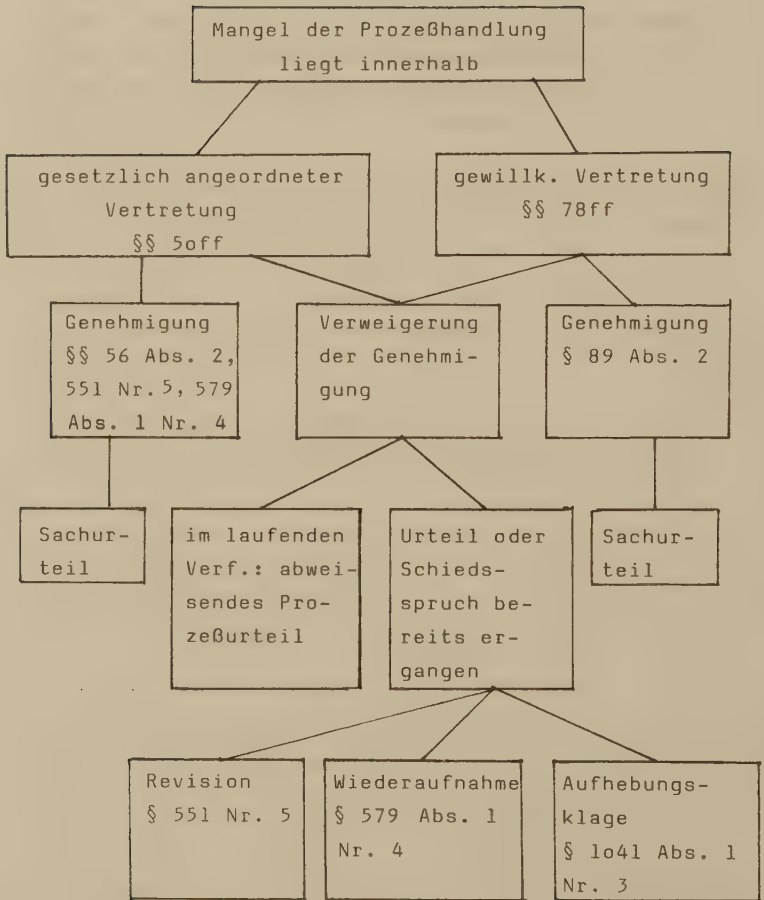
a) Wird die Genehmigung nach § 89 Abs. 2 ZPO erteilt, kann das erkennende Gericht ein Sachurteil erlassen.

b) Wird die begehrte Genehmigung dagegen verweigert, ist von folgendem auszugehen:

aa) Ist der Rechtsstreit noch nicht abgeschlossen, hat ein klageabweisendes Prozeßurteil zu ergehen.

bb) Ist ein Urteil oder ein Schiedsspruch bereits ergangen, ohne daß der Fehler in der Vertretung aufgefallen wäre, kann von der Möglichkeit einer Revision nach § 551 Nr. 5, einer Wiederaufnahme nach § 579 Nr. 4 oder einer Aufhebungsklage nach § 1041 Nr. 3 Gebrauch gemacht werden.

Die nachstehende Übersicht mag dies noch einmal verdeutlichen:



III. Rechtliche Grundlagen der Genehmigung von Prozeßhandlungen

Nachdem die einzelnen Fälle einer Prozeßführungsgenehmigung und deren tatsächlicher Einfluß auf einen laufenden Rechtsstreit aufgezeigt worden sind, soll im folgenden die rechtliche Grundlage einer solchen Genehmigung dargestellt werden.

Bei sämtlichen Genehmigungstatbeständen könnte die zugrunde liegende Prozeßhandlung ein Eingriff in oder zumindest eine Berührung des Rechtsbereiches eines Dritten sein.¹ Die Prozeßführung eines Prozeßunfähigen würde in das Recht des gesetzlichen Vertreters eingreifen, die Angelegenheiten des Prozeßunfähigen im Rahmen der §§ 1626ff BGB zu regeln, wenn sie nicht unwirksam wäre. In den Fällen der gewillkürten Vertretung einer Partei wird in den Rechtskreis der Partei selbst eingegriffen. Da bei fehlender Vollmacht ein unberechtigter Eingriff erfolgte, ist die entsprechende Prozeßhandlung unwirksam, aber genehmigungsfähig.² Dadurch sollen die Interessen der Partei ausreichend berücksichtigt werden.

Hierin zeigt sich eine Parallele zur materiellrechtlichen Genehmigung, bei der auch zuvor die Rechtssphäre oder der Interessenbereich eines Dritten tangiert worden sein muß.³ In allen Fällen berührt also der Han-

1 Dabei ist nicht einmal erforderlich, daß der Prozeß durch den Handelnden in eine falsche, schädliche Richtung gelenkt wird; vgl. auch Walsmann, ZZP 54, 203/205; ähnlich Hein, Identität der Partei, S. 84 und 93.

2 vgl. hierzu Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Grdz. 5 vor § 128; Thomas/Putzo, Einl. III; Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht, S. 71; Bernhardt, Das Zivilprozeßrecht, S. 157; Stein/Jonas/Pohle vor § 50 Anm. III 2; Rosenberg/Schwab § 44 III 2, S. 234; Walsmann, ZZP 54, 203/205.

3 vgl. etwa Enneccerus/Nipperdey § 204 VII 1, S. 881; Larenz, Allgemeiner Teil des BGB § 24, S. 444f; Cohn, Wesen der Genehmigung bei der Stellvertretung ohne Vertretungsmacht, S. 1.

delnde den Interessenkreis eines Dritten.¹ Dabei können fremde Rechte unmittelbar oder mittelbar betroffen sein. Eine Ausnahme hiervon stellt lediglich der Fall dar, in dem der zunächst Prozeßunfähige im Verlauf eines Verfahrens die Prozeßfähigkeit erlangt.

Diese Betrachtungsweise kann aber nicht allein zur Zulässigkeit einer Genehmigung geführt haben. Die gesetzlichen Regelungen zur wirksamen Vornahme von Prozeßhandlungen sind nicht vorrangig zum Schutze der Parteien vor prozessualen Eingriffen Dritter geschaffen worden. Die aufgeführten Tatbestände zeigen, daß eine Prozeßführungsgenehmigung bei Nichteinhaltung bestimmter (beschränkender) Regelungen für zulässige Prozeßhandlungen sorgt. Der bis dahin bestehende Schwebezustand wird durch die Prozeßführungsgenehmigung beseitigt.² Sie ist als Bedingung für die Wirksamkeit der bisherigen Prozeßhandlungen anzusehen.

Die Zivilprozeßordnung stellt Regelungen für die Inanspruchnahme der Rechtspflegetätigkeit auf. Wenn jemand deshalb ein behauptetes materielles Recht auf dem Rechtswege durchsetzen will, sind bestimmte Voraussetzungen zu erfüllen, die allgemein als Prozeßvoraussetzung³ und als Prozeßhandlungsvoraussetzung⁴ bezeichnet

1 so auch Teutsch, S. 11; Cohn, S. 1.

2 BGHZ 14, 306/312f; OFHZ 2, 247/251; RGZ 168, 346/351; RGZ 144, 71f; 119, 332/334; 116, 107/110; 108, 91/94; 106, 320/323; Enneccerus/Nipperdey § 134 Rdn. 22; Palm, Die nachträgliche Erteilung der verweigerten Genehmigung, S. 12; vgl. auch Seuffert, Die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte, S. 2/3; siehe auch Hein, Identität der Partei I, S. 49; Baumgärtel, Prozeßhandlungen, S. 119ff; vgl. auch Oertmann, Die Rechtsbedingung, S. 28 und 31ff.

3 Ihr Fehlen führt zum abweisenden Prozeßurteil; vgl. z.B. BGH, NJW 1962, 1510; vgl. allgemein hierzu Thomas/Putzo vor § 253 Anm. III A.

4 Bei deren Fehlen liegt keine wirksame und beachtliche Parteihandlung vor; vgl. auch BGH, NJW 1972, 1714; vgl. allgemein hierzu Thomas/Putzo vor § 253 Anm. III B.

werden.¹

Man könnte daran denken, diese Voraussetzungen im weitesten Sinne als Formvorschriften für eine wirksame Prozeßhandlung anzusehen.² Dies wäre mit der justizförmigen Gestaltung des Zivilprozesses als Ausdruck staatlicher Rechtspflegetätigkeit zu begründen.³ Die justizförmige Ausgestaltung des Verfahrens soll gerade zu (möglichst) gerechten Urteilen führen.⁴ Deshalb ist im Prozeßrecht bestimmt, welche Personen unter welchen Voraussetzungen am Verfahren teilnehmen dürfen. Wenn demnach eine prozeßunfähige Person eine Klage erhebt, die noch so begründet sein mag, ist die Klage als unzulässig abzuweisen. Da die Justizförmigkeit des Verfahrens vor der Sachentscheidung die Erfüllung gewisser Formvorschriften vorschreibt, die allgemein mit "Zulässigkeitsvoraussetzung" umschrieben werden, ist bei deren Fehlen die Klage ohne Prüfung der Begründetheit abzuweisen.

Diese Fälle sind jedoch abzugrenzen von denen des § 295 ZPO, wo die Möglichkeit der Geltendmachung eines Verfahrensmangels bereits nach einer mündlichen Verhandlung entfällt. Dort werden die Mängel geheilt, die die äußere Form des Verfahrens betreffen und auf deren Befolgung die Partei verzichten kann (arg. e. § 295 Abs. 2 ZPO).⁵ Ein derartiger Verzicht kann in

1 Ob man hier von einer "Prozeßvoraussetzung" sprechen sollte, mag dahingestellt bleiben. Ist eine Zulässigkeitsvoraussetzung zweifelhaft, findet eine abgesonderte Verhandlung über die Zulässigkeit statt, in der über diesen Zweifel verhandelt und entschieden wird; vgl. hierzu Jauernig § 33 VII 2, S. 105; BGH, NJW 1979, 428.

2 vgl. etwa Schmidt, Vom Sinn und der Notwendigkeit wissenschaftlicher Behandlung des Strafprozeßrechts, ZStW 65, 161/166; ähnlich Nußbaum, Die Prozeßhandlungen, S. 68; im Ergebnis zustimmend Anton, S. 28.

3 so auch Anton, S. 29; Schönke/Kuchinke/Schröder/Niese § 1 III, S. 12f und auch Schönke/Kuchinke § 2, S. 5.

4 vgl. etwa Niese, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, S. 40.

5 vgl. zu dieser Frage Vollkommer, Formenstrenge und prozessuale Billigkeit, S. 359f.

den hier zu untersuchenden Fällen jedoch gerade nicht ausgesprochen werden, da die prozessuale Fähigkeit hierzu fehlt.

Zumindest liegt die Erfüllung der Prozeßvoraussetzungen und Prozeßhandlungsvoraussetzungen, wie schon aus § 56 Abs. 1 ZPO zu ersehen ist, auch im öffentlichen Interesse.¹ Das Vorhandensein oder Fehlen dieser Umstände entscheidet darüber, ob das Verfahren als solches und im ganzen zulässig ist, wodurch die Justizförmigkeit des Verfahrens berührt wird.

Ihr Fehlen ist jedoch durch eine Genehmigung heilbar.²

IV. Einzelne Problemkreise der Genehmigungstatbestände

Eine Darstellung der Prozeßführungsgenehmigung wäre unvollständig, ginge man nicht kurz auf damit zusammenhängende Streitfragen ein. Dabei wird gleichzeitig nochmals deutlich, in welchen Fällen die Frage einer Teilbarkeit der Prozeßführungsgenehmigung Bedeutung erlangen kann.

1 Dies gilt für alle Prozeßvoraussetzungen und nicht nur für die in § 56 Abs. 1 ZPO genannten; vgl. etwa Thomas/Putzo § 56 Anm. 1; Blomeyer § 39 II 1, S. 192; Ausnahmen in §§ 110ff, 269 Abs. 4, 1027 a ZPO.

2 Daher bedarf es hier keiner Erörterung, ob es sich bei der Prozeßführungsgenehmigung um eine Ausnahme vom allgemeinen Grundsatz handelt, wonach einseitige Erklärungen Prozeßunfähiger oder Vertreter ohne Vertretungsmacht unwirksam sein sollen; so RGZ 45, 359/363; BAG, NJW 1967, 1437f; Blomeyer, Zivilprozeßrecht, § 115 IV 3 und V; Krantz, Parteiänderung im Zivilprozeß, S. 63; Kisch, Parteiänderung im Zivilprozeß, S. 130; Franz, Der gewillkürte Parteiwechsel und seine Folgen, S. 151f; dagegen OLG Cassel, ZZP 41, 202f; Thomas/Putzo § 50 Vorbem. IV 3 a bb; Pohle, Gedanken zum gesetzlich nicht geregelten, gewillkürten Parteiwechsel, in: Festschrift für Fragistas, S. 133/146 und MDR 64, 451; Bernhardt, Zivilprozeßrecht, § 32 III 1 b, S. 208f.

1. Die Wirkung der Klage eines beschränkt Geschäfts-,
aber Prozeßunfähigen

Die Genehmigungsfähigkeit von Prozeßhandlungen Prozeßunfähiger, die aber beschränkt geschäftsfähig sind, ist nicht unumstritten. Deüs geht davon aus, daß die Klage eines Prozeßunfähigen generell keine Wirkung habe. Dabei macht er keinen Unterschied zwischen einem Geschäftsunfähigen oder nur beschränkt Geschäftsfähigen. Ein Prozeßurteil dürfe mangels Anhängigkeit eines Rechtsstreites nicht ergehen.¹ Damit verneint Deüs für diese Fälle eine Genehmigungsmöglichkeit² der bisherigen Prozeßführung. Er begründet seine Auffassung damit, daß es am prozeßgeschäftlichen Willen mangle und die Willensfähigkeit rechtlich nicht anerkannt und die Willensäußerung daher wirkungslos sei.

Dieser Ansicht Deüs' kann nicht gefolgt werden. Die Prozeßfähigkeit ist eine Prozeßvoraussetzung. Somit handelt es sich um eine Zulässigkeitsvoraussetzung von Klage, Sachverhandlung und Sachentscheidung.³ Die Prozeßfähigkeit ist gleichzeitig Prozeßhandlungsvoraussetzung, also Wirksamkeitsvoraussetzung der von oder gegenüber dem Prozeßunfähigen vorgenommenen Prozeßhandlungen.⁴ Hieraus könnte man - entsprechend Deüs - folgern, daß auch bei der Klage ebenso wie bei anderen Prozeßhandlungen zu deren Wirksamkeit Prozeßfähigkeit vorausgesetzt wird. Ein klageabweisendes Prozeßurteil mangels Anhängigkeit eines Rechtsstreites wäre nicht

1 so Deüs, Der Irrtum bei der Klageerhebung und bei der Einlegung von Rechtsmitteln, S. 56; auch Bülos, Lehre von Prozeßeinreden und die Prozeßvoraussetzungen, S. 6; ähnlich auch Hellmann, ZJP 27, 261ff; Just, AcP 68, 254ff.

2 ähnlich auch Siegert, Die Prozeßhandlungen, ihr Widerruf und ihre Nachholung, S. 78f.

3 Rosenberg/Schwab § 42 III 1 a, S. 217 und § 43 III 1 a, S. 225f.

4 Rosenberg/Schwab § 44 III 1 b, S. 233; vgl. auch Nußbaum, Prozeßhandlungen, S. 128.

möglich. Es wird dabei übersehen, daß mit der Klage eines Prozeßunfähigen dem Gericht ein Rechtsschutzgesuch zur Entscheidung unterbreitet wird. Es kann gerade zu Streitigkeiten über die Prozeßfähigkeit kommen. Entgegen der Ansicht Deüs' wird bei einem Streit über das Vorliegen der Prozeßfähigkeit nach Überwiegender Ansicht die betroffene Partei bis zur Entscheidung hierüber zugelassen.¹

Dieser Ansicht ist zuzustimmen, da eine Entscheidung über die Prozeßfähigkeit einer Partei allein im Hinblick auf Art. 103 Abs. 1 GG nicht ohne Anhörung bzw. Stellungnahmemöglichkeit getroffen werden darf.

Folgerichtig kann die als prozeßunfähig angesehene Partei nach der überwiegenden Ansicht gegen die Entscheidung über die Zulässigkeit ihrer Klage Rechtsmittel einlegen.

Also hat eine solche Klage rechtserhebliche Wirkungen.² Daher ist das anhängig gewordene Verfahren durch abweisendes Prozeßurteil zu beenden. Dies erscheint schon deshalb erforderlich, da die Kosten einer wegen Fehlers der Prozeßfähigkeit abgewiesenen Klage dem Kläger obliegen.³

Aus den Regelungen der §§ 551 Nr. 5, 579 Nr. 4, 1041 Abs. 1 Nr. 3 ZPO ergibt sich eine Möglichkeit, den Mangel nicht ordnungsgemäßer Vertretung durch eine Geneh-

1 vgl. RGZ 53, 65/67; 29, 408/411; BGHZ 35, 1/6; BGH, NJW 1966, 2210; BGHZ 18, 184/189; RGZ 134, 91/94; HRR 29, 959; OLG Celle, ZZP 79, 151; Rosenberg/Schwab § 44 IV 2, S. 235; Zeiss § 23 III 4, S. 55; Friedrich, S. 25; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 56 Anm. 1 D; Stein/Jonas/Leipold § 56 Rdn. 5; Wieczorek § 56 Anm. B I.

2 Dabei soll die Frage nach einer Terminierungspflicht des Vorsitzenden bei eindeutig feststehender Prozeßunfähigkeit offen bleiben; vgl. dazu Friedrich, S. 41; Grundmann, Der Minderjährige im Zivilprozeß, S. 36.

3 so auch RGZ 53, 63/67; RG, Warn Rspr. 43, 1; Rosenberg/Schwab § 44 IV 5 a, S. 236.

migung zu beseitigen. Bei von Prozeßunfähigen vorgenommenen Prozeßhandlungen fehlt die vom Gesetz in §§ 51, 52 ZPO i.V.m. §§ 104-115 BGB vorgeschriebene Vertretung, so daß es sich um Fälle fehlender Vertretung i.S.d. §§ 551 Nr. 5, 579 Nr. 4, 1041 Abs. 1 Nr. 3 ZPO handelt. Diese sehen jedoch gerade die Möglichkeit einer Genehmigung solcher Mängel vor.¹

Des weiteren wird aus § 56 Abs. 2 ZPO allgemein die Genehmigungsfähigkeit der Prozeßführung eines Prozeßunfähigen gefolgert.² Diese Vorschrift geht ausdrücklich von der Möglichkeit einer späteren Beseitigung des Mangels der Prozeßfähigkeit aus.³

2. Genehmigungsfähigkeit von Prozeßhandlungen Geschäfts- und Prozeßunfähiger

In früherer Zeit wurde die Frage der Genehmigungsfähigkeit von Prozeßhandlungen Geschäftsunfähiger unterschiedlich beantwortet.⁴ Vereinzelt wurde die Genehmigungsfähigkeit der Prozeßführung eines Geschäftsunfähigen verneint. So lehnte Oertmann eine derartige Ge-

1 so auch Wieczorek § 551 Bem. B V 1; Stein/Jonas/Pohle § 551 Bem. 5; so auch schon früher Seuffert/Walsmann § 551 Anm. 6.

2 so im Ergebnis auch RGZ 110, 228/230; BGHZ 51, 27/29; BGH, NJW 1972, 1714.

3 so auch Oertmann, Ein Beitrag zur Frage der Prozeßunfähigkeit geschäftsbeschränkter Personen, Judicium 1, 169/172.

4 Nach Hellwig, Lehrbuch II, S. 339 und Güntzel, Die Fehlerhaftigkeit der Partei im Zivilprozeß und die Möglichkeit ihrer Heilung, S. 95 ist keine Genehmigung erforderlich, wenn durch Urteil auf eine Anfechtungsklage hin der die Prozeßunfähigkeit herbeiführende Entmündigungsbeschluß rückwirkend aufgehoben wird. Bisherige Handlungen bedürfen keiner besonderen Genehmigung des als prozeßunfähig Angesehenen (vgl. auch § 115 Abs. 1 Satz 1 BGB).

nehmigungsmöglichkeit bei Geschäftsunfähigen ab.¹ Er begründete seine Auffassung mit der in § 51 Abs. 1 ZPO geregelten Verweisung auf das Bürgerliche Recht, also § 105 Abs. 1 BGB. Nach seiner Auffassung ergibt sich ansonsten ein "klaffender" Widerspruch zum materiellen Recht. Er verweist darauf, daß sich aus § 56 Abs. 2 ZPO nichts Gegenteiliges herleiten lasse. Oertmann ging zwar von der Möglichkeit einer Beseitigung des Mangels der Prozeßfähigkeit aus. Er gibt jedoch nicht zu erkennen, wie dies nach seiner Vorstellung zu geschehen habe. Im übrigen verweist er auf die Angleichung des Prozeßrechts an das materielle Recht durch die Prozeßrechtsnovelle 1898, wodurch beide Gesetze einheitlich auszulegen seien.

Dem widerspricht die heute einhellige Ansicht in der Literatur.² Es wird jedoch nur selten eine Begründung gegeben.³ Um diese Frage klären zu können, erscheint ein Eingehen auf das Verhältnis des § 51 ZPO zu den materiell-rechtlichen Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit erforderlich.

§ 51 ZPO regelt ausdrücklich und § 52 ZPO ergänzend, daß die Frage der Prozeßfähigkeit sich nach den Vorschriften des Bürgerlichen Rechtes richte, soweit nicht die nachfolgenden Paragraphen abweichende Vorschriften enthalten. Eine ausdrückliche Regelung über die Genehmigung der Prozeßhandlungen eines Prozeßunfähigen fehlt in der ZPO. Nach dem Bürgerlichen Recht

1 Oertmann, Beitrag zur Frage der Prozeßunfähigkeit geschäftsbeschränkter Personen, *Judicium* 1 (1928/29), S. 169/173; insoweit besteht hier ein Unterschied zu der bereits behandelten Auffassung von Deüs, der eine Genehmigungsfähigkeit der Prozeßhandlung eines Prozeßunfähigen schlechthin ablehnt.

2 siehe Grundmann, S. 16f; Rosenberg/Schwab § 44 III 2, S. 234; Bernhardt, S. 121; Zeiss, *Zivilprozeßrecht*, § 23 V 1, S. 56; Bruns, *Zivilprozeßrecht*, Rdn. 53; Grunsky, *Grundlagen des Verfahrensrechts*, § 27 II 1, S. 251ff.

3 vgl. etwa Bernhardt, S. 124; Rosenberg/Schwab § 44 III 2, S. 234.

sind die Willenserklärungen eines Geschäftsunfähigen nach § 105 Abs. 1 BGB unheilbar nichtig, also genehmigungsunfähig. Es ist eine Neuvernahme erforderlich.¹ Im Gegensatz dazu sollen Prozeßhandlungen Geschäftsunfähiger nach der überwiegenden Ansicht genehmigungsfähig sein.

Zum Teil wird die Genehmigungsfähigkeit solcher Prozeßhandlungen auf die Regelungen der §§ 551 Nr. 5 und 579 Nr. 4 ZPO zurückgeführt. Bei Prozeßhandlungen prozeßunfähiger Personen - gerade eine geschäftsunfähige Person ist prozeßunfähig - handele es sich um einen Fall fehlender Vertretung nach Vorschrift der Gesetzts i.S.d. §§ 551 Nr. 5 und 579 Nr. 4 ZPO.² In § 51 Abs. 1 ZPO ist eine Vertretung eines Prozeßunfähigen ausdrücklich vorgesehen. Deshalb wird hieraus auf die Genehmigungsfähigkeit dieser Prozeßhandlungen geschlossen.

Teilweise wird die Auffassung vertreten, daß die im BGB vorgenommene Unterscheidung hier nicht anwendbar sei. Die ZPO sei vor dem BGB entstanden. Geschäftsunfähigkeit und beschränkte Geschäftsfähigkeit seien nicht unterschieden worden.³ Dieser Ansicht kann so jedoch nicht uneingeschränkt gefolgt werden. Wenn die novellierte ZPO auf die BGB-Regeln ausdrücklich Bezug nimmt, so gelten die Änderungen des Bürgerlichen Rechts auch für das Prozeßrecht. Es ist nicht ersichtlich, daß bei der Novellierung der Zivilprozeßordnung der damalige Gesetzgeber etwa ausdrücklich vom Fortbestehen der zu diesem Zeitpunkt als Entwurf bestehenden BGB-Regeln

1 so Palandt/Heinrichs vor § 104 Anm. 4 a; Soergel/Siebert/Hefermehl § 105 Rdn. 3; Münchener Kommentar/Gitter § 105 Rdn. 19.

2 vgl. hierzu Wieczorek § 551 Anm. B V 1; Stein/Jonas/Pohle § 551 Anm. 5; Seuffert/Walsmann § 551 Anm. 6; Güntzel, S. 95; Rosenberg/Schwab § 43 III 2, S. 226; Hellwig, Recht 1905, 301; Seuffert § 56 Anm. 16.

3 vgl. Seuffert, 11. Aufl., § 56 Anm. 1 b.

ausgegangen wäre.¹ Im übrigen war zur Zeit der Novel-
lierung der ZPO 1898 die Unterscheidung zwischen Ge-
schäftsunfähigkeit und beschränkter Geschäftsfähigkeit
bekannt.² Hätte der Gesetzgeber diese nicht überneh-
men wollen, hätte ein entsprechender Vorbehalt zumin-
dest nahegelegen.

Um die Frage der Genehmigungsfähigkeit von Prozeßhand-
lungen Geschäftsunfähiger beantworten zu können, wird
man zunächst die Begründung der unheilbaren Nichtig-
keit eines von einem Geschäftsunfähigen vorgenommenen
Rechtsgeschäfts näher zu untersuchen haben. Die Be-
gründung der Motive, die Fähigkeit zur Selbstbestim-
mung sei Voraussetzung der rechtlichen Geltung des
des rechtsgeschäftlichen Handelns³, und ein Nullum
könne nicht durch eine Genehmigung zu einem "Etwas"
gemacht werden⁴, vermag nicht zu überzeugen. Viel-
mehr erscheint hier eine unterschiedliche Behandlung
zwischen Willenserklärungen Geschäftsunfähiger und be-
schränkt Geschäftsfähiger gerechtfertigt zu sein, wenn
sie sachgerecht den Lebensverhältnissen und der Inter-
essenlage der Beteiligten entspricht.⁵ Dem Schutz des
Geschäftsunfähigen wäre auch Genüge getan, wenn seine
Erklärungen zwar unwirksam, aber genehmigungsfähig wä-
ren. Man kann nicht von einer geringeren Sorgfalt des
Genehmigenden bei Geschäftsunfähigen ausgehen. Die Ge-
fahr einer sorgloseren Entscheidung des Genehmigenden
als die des Geschäftsunfähigen selbst kann zwar niemals

1 vgl. etwa Struckmann/Koch/Rasch/Koll/Struckmann, Ci-
vilprozeßordnung, 8. Aufl., Vorwort zur 7. Aufl., S.
V und § 51 Anm. 1; Motive zum EG zur ZPO, S. 488;
Hahn, Motive, S. 166 weist darauf hin, daß die Pro-
zeßfähigkeit Ausfluß der Handlungs- und Dispositions-
befugnis ist, die sich nach dem BGB bestimme.

2 so auch Oertmann, S. 173.

3 so Motive zum Entwurf eines BGB 1888 I, S. 129f.

4 so aber Motive, S. 217f.

5 Z.B. Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,
weist auf § 551 darauf hin, daß diese Unterscheidung
keineswegs logisch sei.

ganz ausgeschlossen werden. Dies hielt den Gesetzgeber jedoch nicht davon ab, eine Genehmigungsregelung gerade auch dort zu schaffen, wo es auf den Schutz des unmittelbar Handelnden ankommt, nämlich in den Fällen einer Genehmigung der Prozeßführung seitens eines beschränkt Geschäftsfähigen.

Da dem Handeln eines Geschäftsunfähigen Erfassbarkeit und Qualifizierbarkeit abgesprochen wird, bedürfen die Erklärungen eines Geschäftsunfähigen zu ihrer Wirksamkeit einer Genehmigung.¹ Dies geschieht sowohl zum Schutz des Geschäftsunfähigen selbst als auch der Interessen der Rechtssicherheit. Bei Geschäftsunfähigen handelt es sich um Personengruppen, bei denen durch willensmäßige Unfähigkeit und Unvernunft zumindest nur sehr schwer feststellbar ist, ob ihr Verhalten überhaupt rechtliche Wirkungen und welchen Inhalt haben soll. Der Genehmigende darf nicht auf etwas bereits Vorhandenes als Grundlage seiner Genehmigung bauen. Er muß vielmehr die betreffende rechtsgeschäftliche Erklärung selbst neu vornehmen.

Etwas anderes könnte jedoch hinsichtlich der Interessenlage im Prozeß gelten. Aufschluß hierüber können die Regeln über die Prozeßfähigkeit bringen. Diese Vorschriften dienen sowohl dem Schutz des Prozeßunfähigen als auch einer ordnungsgemäßen und effektiven Durchführung des streitigen Verfahrens.²

Zum einen könnte der Schutz des Prozeßunfähigen dadurch gewährleistet werden, daß seine Prozeßhandlungen erst mittels einer Genehmigung des gesetzlichen Vertreters gegen ihn wirken. Ferner kann ein gegen ihn ergangenes Urteil im Wege eines Rechtsmittels nach § 551 Nr. 5 ZPO

1 vgl. etwa v. Thur II 1, S. 334; Motive zum Entwurf eines BGB 1888 zu § 64, S. 129.

2 vgl. Baumgärtel, S. 103; Güntzel, S. 91; Rosenberg, Stellvertretung im Prozeß, S. 36; Luxenberg, S. 36; so auch im Ergebnis Hahn, Motive, S. 170 (zu § 54).

oder durch ein Wiederaufnahmeverfahren gem. § 579 Abs. 1 Nr. 4 ZPO beseitigt werden. In einem Prozeß besteht eine wesentlich geringere Gefahr, das Handeln eines Geschäftsunfähigen nicht eindeutig als prozessual erheblich und inhaltlich bestimmbar festlegen zu können. Will der Geschäftsunfähige überhaupt Gehör finden, muß er die formalen Bestimmungen der ZPO einhalten.¹ Dies führt gleichzeitig zu einer Unterscheidung der prozessual erheblichen Erklärungen eines Geschäftsunfähigen von anderen Betätigungen. Auch der Inhalt seiner Erklärung kann hier festgestellt werden. Nach § 139 ZPO hat das Gericht eine Aufklärungspflicht, die ebenfalls zur genauen Feststellung des tatsächlich Gewollten führt, indem es zur Klarheit und Klarstellung anhält. Entsprechendes gilt bei Erklärungen, die der Geschäftsunfähige zu Protokoll der Geschäftsstelle abgeben kann.²

Zum anderen kann eine Klageerhebung eines Geschäftsunfähigen mit späterer Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter zu einer Fristwahrung i.S.d. §§ 209ff BGB führen, was bei einer fehlenden Genehmigungsfähigkeit mit der Notwendigkeit einer weiteren Klageerhebung nach Ablauf der Frist des § 212 Abs. 2 BGB nicht der Fall wäre.³ Auch dies dient dem Schutz des geschäftsunfähigen Prozeßunfähigen.

Die Genehmigungsfähigkeit dient dem Schutz eines effektiven Verfahrens. Dies folgt schon aus Gründen der Prozeßökonomie. Alle Beteiligten haben in der Regel kein Interesse daran, einen neuen Prozeß gleichen Inhalts führen zu müssen. Dies dient letztlich dem Schutz des geschäftsunfähigen Prozeßunfähigen, indem er vor unnötigen Kosten bewahrt wird.

¹ vgl. etwa §§ 253, 130, 373 ZPO.

² vgl. etwa §§ 129 Abs. 2, 129, 496 ZPO.

³ so auch ausdrücklich Gebler, Mangel der gesetzlichen Vertretung im deutschen Zivilprozeß, S. 19.

Daher ist mit der überwiegenden Ansicht in der Literatur von der Genehmigungsfähigkeit einer Prozeßhandlung eines Geschäftsunfähigen auszugehen.¹

3. Zulässigkeit einer Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zur Prozeßführung durch einen beschränkt Geschäfts- und damit Prozeßunfähigen

Die Frage einer Genehmigung der bisher unwirksamen Prozeßführung und die damit zusammenhängenden Fragen, wie etwa die nach der Teilbarkeit einer derartigen Genehmigung, stellen sich nicht, wenn eine Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zur Prozeßführung eines beschränkt Geschäftsfähigen zulässig und erteilt ist. Wenn eine derartige Einwilligung des gesetzlichen Vertreters ausgesprochen wurde, wäre die sich daran anschließende Prozeßführung eines Prozeßunfähigen wirksam. Die Meinungen über die Zulässigkeit einer derartigen Einwilligung gehen auseinander.²

In der Literatur wird verschiedentlich erörtert, ob die Möglichkeit einer nachträglichen Prozeßführungsgenehmigung seitens des gesetzlichen Vertreters eines Prozeßunfähigen gleichzeitig den Schluß auf die Zulässigkeit einer vorherigen Einwilligung zur Prozeßführung zuläßt.³ Die Rechtsprechung hat sich mit diesem Fall, soweit ersichtlich, noch nicht auseinandergesetzt.

1 so im Ergebnis auch Blomeyer § 8 II 1, S. 47f; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 51 Anm. 1; Bruns § 9 II, S. 46; Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht, S. 67ff; Schönke/Kuchinke § 28 I, S. 126; Nikisch, S. 115; Hellwig, Lehrbuch II, S. 329 und S. 336.

2 Davon zu unterscheiden ist die Frage der Bevollmächtigung eines Prozeßunfähigen zur Prozeßführung für einen Dritten; vgl. hierzu Lukes, Der beschränkt Geschäftsfähige als Prozeßvertreter, in: ZZP 69, 141/153; Hellwig, ZZP 39, 364/368; siehe auch Dehmer, Probleme des Minderjährigenschutzes im Zivilprozeß, S. 50ff; vgl. hierzu auch schon S. 11ff dieser Arbeit.

3 vgl. etwa Grunsky, § 27 II 2, S. 254; Oertmann, S. 174.

Überwiegend wird die Zulässigkeit einer vorherigen Einwilligung zur eigenen Prozeßführung durch den Prozeß-unfähigen verneint.¹ Aus den nachstehend erörterten Gründen ist die Zulässigkeit einer vorherigen Einwilligung abzulehnen:

- a) Wollte man mit Grunsky von der Möglichkeit einer nachträglichen Prozeßführungsgenehmigung auf eine vorherige Einwilligung schließen, müßte man die Einwilligung und Genehmigung als gleichwertig nebeneinander ansehen können.²

Hierfür spricht zunächst, daß Einwilligung und Genehmigung Erscheinungsformen der Zustimmung sind. Im Bürgerlichen Recht haben beide Formen grundsätzlich die entsprechende Wirkung.³ Für das Prozeßrecht könnte jedoch etwas anderes gelten:

Die Folgen prozessualen Verhaltens können weniger überschaubar sein als die eines materiellen Rechtsgeschäfts. Wer auf eine einzelne Forderung verzichtet, kennt genau die Aufgabe und den Verlust seines konkreten Rechtes. Dagegen können die Gefahren einer Prozeßhandlung im Augenblick ihrer Vornahme nicht immer klar übersehen werden.⁴ Nach § 183 BGB kann eine Einwilligung noch bis zur Vornahme des Rechtsgeschäfts widerrufen werden. Ferner finden die Anfechtungsregeln der §§ 119ff BGB hierauf Anwendung, was bei Prozeßhandlungen nach

1 so etwa Jauernig § 21 III, S. 53; Rosenberg/Schwab § 44 II 2 a, S. 231; Zeiss § 23 II 2 a, S. 54; Friedrich, S. 12; Fitting, AcP 61, 409; Grundmann, S. 17f und S. 84f.

2 vgl. Oertmann, S. 174; Grunsky § 27 II 2, S. 253.

3 vgl. hierzu Motive zum BGB I zu § 65, S. 137.

4 Hierauf weist Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht, S. 72 ausdrücklich hin. Auch Oertmann, S. 174 muß dies einräumen.

der Überwiegenden Ansicht nicht möglich ist.¹ Ein Prozeß erfordert grundsätzlich eindeutig wirksame Prozeßhandlungen. Doch auch hier muß beschränkt Geschäftsfähigen der ihnen vom Gesetzgeber zuerkannte Schutz zustehen. In einem Prozeß will der Prozeßunfähige das ihm materiell zustehende Recht durchsetzen. Deshalb vermag auch der Hinweis Grunskys auf § 1025 Abs. 1 ZPO nicht zu überzeugen, wonach materiell-rechtliche und prozessuale Verfügungsmöglichkeiten gleichgestellt werden.² Dies bedeutet jedoch gem. §§ 51, 52 ZPO, daß der Betreffende dieselben Voraussetzungen erfüllen muß, wie sonst im Prozeß auch³, also prozeßfähig sein muß. Deshalb ist der Auffassung Grunskys, der durch Gleichstellung von Genehmigung und Einwilligung eine derartige Einwilligung zur Prozeßführung bejaht, nicht zu folgen.

- b) Soweit Oertmann darauf hinweist, daß aus dem Fehlen einer Einwilligungsregel nicht deren Unzulässigkeit gefolgert werden dürfe, kann dem ebenfalls nicht zugestimmt werden. Er begründet seine Ansicht mit dem Fehlen eines Schwebezustandes, wie ihn §§ 551 Nr. 5 und 579 Nr. 4 ZPO beenden wollen. Der Gesetzgeber hat die Einwilligung im materiellen Recht in § 183 BGB ausdrücklich geregelt. Sie ist u.a. Wirksamkeitsvoraussetzung einer rechtsgeschäftlichen Erklärung eines beschränkt Geschäftsfähigen (§ 106 BGB). Es hätte daher nahegelegen, die Einwilligung zur Prozeßführung als Wirksamkeitsvoraussetzung einer Prozeßhandlung eines Prozeßunfähigen ebenfalls ausdrücklich zu regeln. Daher spricht das Fehlen

1 so BGH, NJW 1963, 957; BFG, NJW 1968, 2263; Jauernig § 30 VII, S. 96; Thomas/Putzo Einl. III 4; siehe aber auch die gegenteilige Ansicht: Arens, Willensmängel bei Parteihandlungen im Zivilprozeß, S. 85ff, 168ff.

2 so Grunsky, S. 254.

3 vgl. Hahn, Motive zur ZPO zu § 792, S. 490.

einer solchen Vorschrift für die Unzulässigkeit einer Einwilligung zur Prozeßführung durch einen beschränkt Geschäftsfähigen. Die Argumentation von Oertmann vermag eine Einwilligung zur Prozeßführung nicht zu begründen.¹

- c) Gegen eine Einwilligung zur Prozeßführung durch einen beschränkt Geschäftsfähigen spricht weiter der Wortlaut des § 52 ZPO. Danach ist nur diejenige Person insoweit prozeßfähig, als sie sich durch Verträge verpflichten kann. Der Gesetzgeber macht die Prozeßfähigkeit einer Person davon abhängig, daß sie sich durch eine Mehrzahl von Verträgen selbständig verpflichten kann, indem der Plural benutzt wird. Dies läßt den Schluß auf die Prozeßfähigkeit nur unbeschränkt Geschäftsfähiger zu.² Anderenfalls hätte eine Beschränkung durch Verwendung des Singulars nahegelegt. Daraus ist zu folgern, daß lediglich derjenige unbeschränkt prozeßfähig ist, der auch eine Vielzahl von Verträgen abschließen kann. Eine Einwilligung dagegen kann nur für einen konkreten einzelnen Vertrag und damit für einen einzelnen konkreten Rechtsstreit abgegeben werden. Daher spricht bereits der Wortlaut des § 52 ZPO gegen die Zulässigkeit einer Einwilligung zur Prozeßführung.

- d) Im Übrigen spricht auch die Interessenlage aller am Rechtsstreit Beteiligten gegen eine derartige Einwilligung.

aa) Zunächst sind die Interessen des beschränkt Geschäftsfähigen zu sehen. In einem Rechtsstreit verliert er seinen materiell-rechtlichen An-

¹ Oertmann, S. 174.

² siehe Blomeyer § 8 Anm. II 1, S. 48; Rosenberg/Schwab § 44 III, S. 233.

spruch, wenn infolge schlechter und ungeschickter Prozeßführung ein für ihn ungünstiges Urteil ergeht.¹ Er kann sich wegen der vorliegenden Einwilligung des gesetzlichen Vertreters später nicht mehr auf seine Prozeßunfähigkeit berufen. Somit kann im Prozeß sein fehlerhaftes Verhalten zum endgültigen Rechtsverlust führen.² Bestimmte Prozeßhandlungen können innerhalb eines Verfahrens mit Wissen und Wollen des Betreffenden zum Prozeßverlust führen.³ In allen diesen Fällen ist der endgültige Verlust des Rechtes die Folge dieses Verhaltens.

Solche vergleichbaren Prozeßhandlungen können sich zwar auch bei Geschäftsfähigen aus Nachlässigkeit oder völlig abwegiger Beurteilung der Sach- und Rechtslage ergeben.⁴ Dies kann aber nicht den rechtsgeschäftlichen Verfügungen gleichgestellt werden, da hier der Wille zur Änderung der angenommenen Rechtslage fehlt. Gleichwohl wird die prozeßfähige Partei gebunden, da sie eine gewußte und gewollte Prozeßhandlung vornimmt oder unterläßt. Es liegen verbindliche Erklärungen vor, die beim Gegner eine Vertrauenslage begründen können, wonach der Berechtig-

1 so auch Henckel, S. 68.

2 in diesem Sinne auch Henckel, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß, S. 42 und S. 156; so auch Friedrich, Über die Prozeßfähigkeit und die Folgen ihres Mangels, S. 4.

3 z.B. durch Anspruchsverzicht des Klägers; Rechtsmittelverzicht trotz Kenntnis der Unrichtigkeit des Urteils; Anerkenntnis des Anspruchs trotz Kenntnis seines Nichtbestehens; absichtliches Nichterscheinen im Termin zur mündlichen Verhandlung.

4 z.B. Abgabe eines Anerkenntnisses, da die Partei der irrigen Auffassung ist, der Prozeß sei ohnehin verloren.

te sein Recht nicht mehr ausüben will.¹ Auf ein Verschulden kommt es dabei nicht an.

Im übrigen kann die Entwicklung eines Prozesses unvorhergesehene Situationen bringen, in die der gesetzliche Vertreter nicht schon vorher (pauschal) einwilligen kann. Die der Einwilligung zukommende Schutzfunktion wäre beseitigt, wenn der gesetzliche Vertreter sich von Anfang an mit der gesamten Prozeßführung des beschränkt Geschäftsfähigen einverstanden erklären müßte. Dies hat auch dann zu gelten, wenn der gesetzliche Vertreter seine Einwilligung zu bestimmten, voraussehbaren Rechtsgeschäften gegeben hat. Die Folgen prozessualen Verhaltens sind weit weniger überschaubar als die einzelner Rechtsgeschäfte.

- bb) Die Interessen der übrigen am Verfahren Beteiligten sprechen ebenfalls gegen die Möglichkeit einer Einwilligung zur Prozeßführung eines beschränkt Geschäftsfähigen. Alle am Verfahren Beteiligten haben kein Interesse, mit einer Partei prozessieren zu müssen, die nicht in der Lage ist, durch ihre Prozeßhandlungen das Verfahren voranzubringen. Da der beschränkt Geschäftsfähige im allgemeinen nicht in der Lage sein wird, die Tragweite seiner einzelnen Prozeßhandlungen abzuschätzen, wird er sich jeweils rückversichern wollen. Dies wäre jedoch eine für alle Beteiligten unzumutbare Belastung und

1 Henckel will diese Lage mit der materiell-rechtlichen Idee des *venire contra factum proprium* vergleichen; so auch für das materielle Recht BGH, WM 1957, 926; Esser, Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, S. 93; Larenz, Zurechnungslehre, S. 60ff; ähnlich BGHZ 48, 396; RGZ 57, 372; 78, 130; 160, 349/358; so auch Canaris, NJW 1964; 1978/1988; Nitschke, JuS 68, 541f; Griesbeck, *Venire contra factum proprium*, S. 88.

liefe dem Bestreben nach Prozeßökonomie zuwider.

Somit stehen die Interessen aller Beteiligten einer Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zur Prozeßführung durch einen beschränkt Geschäftsfähigen entgegen. Die Wertungen des Prozeßrechts lassen eine Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zur Prozeßführung durch einen beschränkt Geschäftsfähigen ebenso wenig zu wie für einen Rechtsstreit, der sich aus einem vom beschränkt Geschäftsfähigen mit Einwilligung des gesetzlichen Vertreters abgeschlossenen Rechtsgeschäft ergibt.¹

4. Die Möglichkeit einer partiellen Prozeßfähigkeit

Im folgenden soll die Frage, inwieweit eine Prozeßführungsgenehmigung durch die Zulassung einer partiellen Prozeßfähigkeit entbehrlich wird, dargestellt werden. Wäre eine solche Prozeßfähigkeit möglich, stellte sich in diesen Fällen die Frage einer Teilbarkeit der Prozeßführungsgenehmigung nicht. Die Prozeßführung wäre wirksam und bedürfte keiner Genehmigung.²

Eine partielle Prozeßfähigkeit ist in den folgenden Fällen anerkannt:

- a) Aus § 52 ZPO wird allgemein die Prozeßfähigkeit eines beschränkt Geschäftsfähigen im Rahmen der §§ 112, 113 BGB sowie §§ 7, 8 SeemO begründet.³ Daher

1 so auch im Ergebnis Bernhardt, S. 20 II 1, S. 120; wohl auch Baumgärtel, Wesen und Begriff der Prozeßhandlungen einer Partei im Zivilprozeß, § 12 II, S. 106; Henckel, S. 73; Blomeyer § 8 II 1, S. 48; Wieczorek § 51 Anm. B II a.

2 vgl. hierzu Blomeyer § 8 II 1, S. 48, der von einer relativen Prozeßfähigkeit spricht.

3 vgl. hierzu Rosenberg/Schwab § 44 II 3 a, S. 232; Grunsky § 27 II 2, S. 253; Thomas/Putzo § 52 Anm. 1 b; Zöllner § 52 Anm. I 3; Schönke/Kuchinke § 28 I, S. 126; Dehmer, S. 64; Friedrich, S. 12; Grundmann, S. 18f.

können beschränkt Geschäftsfähige bei Rechtsstreitigkeiten, die aus einem Erwerbsgeschäft oder Dienst/Arbeitsverhältnis rühren, als prozeßfähige Partei auftreten.¹

Eine Ausnahme hiervon wird lediglich für den Fall gemacht, daß ein Lehrling seinen Vergütungsanspruch nicht selbst einklagen kann, da der Lehrvertrag aufgrund des überwiegenden Ausbildungszweckes nicht unter § 113 BGB fällt.² An der partiellen Prozeßfähigkeit im Rahmen der §§ 112, 113 BGB ändert sich auch dadurch nichts, daß der gesetzliche Vertreter die Ermächtigung gem. § 112 BGB (nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes) und gem. § 113 BGB zurücknehmen kann. Zwar kann sich auch hier die Frage stellen, in welcher Lage denn der Vertreter den bereits schwebenden Prozeß zu übernehmen hat.³ Da jedoch diese Rücknahme lediglich eine ex tunc Wirkung hat, bleiben die bisherigen Prozeßhandlungen des nunmehr Prozeßunfähigen wirksam. Der gesetzliche Vertreter hat den Prozeß in seinem jeweiligen Stand zu übernehmen.

- b) Der Gesetzgeber hat weiter eine partielle Prozeßfähigkeit in Ehe- und Kindschaftssachen nach § 607 und § 640 b ZPO vorgesehen. Hier wird ein beschränkt Geschäftsfähiger als prozeßfähig behandelt.⁴

1 siehe Wieczorek § 51 Anm. B II b; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 52 Anm. 1 C a und b; vgl. auch LG Bonn, NJW 1974, 1387. Dies gilt auch für die Zwangsvollstreckung, Kostenfestsetzung, Wiederaufnahme und sonstigen Anhangsverfahren; vgl. hierzu Friedrich, S. 13.

2 Münchener Kommentar/Gitter § 113 Rdn. 11; Palandt § 113 Anm. 3; Jauernig § 20 Anm. 1 2, S. 50.

3 vgl. Thomas/Putzo § 52 Anm. 2 g.

4 In §§ 664 Abs. 2, 675, 684 Abs. 1, 685 ZPO werden sogar Geschäftsunfähige zugelassen.

- c) Während der Dauer eines Streites über das Vorliegen der Prozeßfähigkeit einer Partei wird diese ebenfalls als prozeßfähig angesehen und behandelt.¹
- d) Nach § 110 BGB wird ein vom Minderjährigen ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters geschlossener Vertrag wirksam, wenn er die vertragsmäßige Leistung mit Mitteln bewirkt hat, die ihm zu diesem Zweck überlassen worden sind. Daraus wird teilweise insoweit eine Prozeßfähigkeit des Prozeßunfähigen hergeleitet, als er eigene vertragliche Ansprüche aus Verträgen, die er mit Mitteln bewirkt hat, die ihm sein gesetzlicher Vertreter zur freien Verfügung überlassen hat, gerichtlich geltend machen will.²

Dieser Auffassung kann jedoch nicht zugestimmt werden. Bereits im materiellen Recht wird eine Einschränkung dahingehend vorgenommen, daß der Minderjährige über solche Surrogate nicht mehr frei verfügen darf, die den Wert der überlassenen Mittel erheblich übersteigen.³ Der Minderjährige soll also vor weitergehenden Gefahren, die sich nicht bereits aus der Überlassung der Mittel ergeben, geschützt werden.⁴

Darüber hinaus will § 110 BGB die Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen nicht erweitern. Der Minderjährige soll keine weitergehenden Möglichkeiten erhalten, als seine vertragsmäßige Leistung selbst

1 so auch RG, JW 29, 852; BGH, MDR 1966, 920; BGHZ 18, 184/189; 35, 1/6; BSGE 5, 176; BFG, BB 1972, 1394; OLG Hamm, FamRZ 1960, 161; OLG Kiel, SchlHA 1958, 230; Thomas/Putzo § 52 Anm. 2 b; OLG Köln, NJW 1971, 569; Eyermann/Fröhler § 62 Rdn. 9.

2 so aber ausdrücklich Wieczorek § 51 Anm. B II b.

3 vgl. hierzu RGZ 74, 235f; Soergel/Siebert/Hefermehl § 110 Rdn. 5; BGH, VersR 1954, 218.

4 Das RG, a.a.O., verweist auf sittliche Gefahren, vgl. etwa Staudinger/Dilcher § 110 Rdn. 3.

zu bewirken. An einer weitergehenden Verpflichtungsmöglichkeit des Minderjährigen fehlt es.¹ Daraus folgt, daß der Minderjährige nach Bewirkung seiner vertraglichen Leistung nicht etwa selbst auf Erfüllung des Vertrages durch die Gegenseite klagen oder Gewährleistungsansprüche im Klagewege geltend machen kann.²

¹ so auch Baumgärtel, Begriff der Prozeßhandlung, S. 106; Rosenberg/Schwab § 44 II 1, S. 230; Weimar, MDR 1962, 273; Dehmer, S. 70.

² so auch im Ergebnis Blomeyer § 8 II 1, S. 48; Stein/Jonas/Pohle § 52 Anm. III 3; wohl auch Rosenberg/Schwab § 44 II 3 a, S. 232; Bruns § 9 Rdn. 53, S. 57.

3. Teil Teilbarkeit der bisherigen Prozeßführung anläßlich ihrer Genehmigung

Wenn zur Fortführung eines Rechtsstreites die bisherigen unwirksamen Prozeßhandlungen genehmigt werden sollen, stellt sich für den Genehmigenden die Frage, ob er die gesamte bisherige Prozeßführung oder nur Teile hiervon genehmigen muß. Daher soll im folgenden untersucht werden, ob und inwieweit eine Genehmigung auch so ausgesprochen werden kann, daß nur einzelne Prozeßhandlungen und nicht die gesamte Prozeßführung genehmigt werden kann. Nur die genehmigten Prozeßhandlungen werden dann wirksam.

I. Der gegenwärtige Meinungsstand

Die Zivilprozeßordnung enthält lediglich Vorschriften über die Zulässigkeit einer Genehmigung als solcher in den §§ 89 Abs. 2, 551 Nr. 5, 579 Abs. 1 Nr. 4 und 1041 Abs. 1 Nr. 3 ZPO. Über eine Teilbarkeit der Genehmigung findet sich kein Hinweis. Rechtsprechung und Literatur haben sich mit dieser Frage nur selten näher beschäftigt.

1. In der Rechtsprechung

Das Reichsgericht lehnte in seiner eingangs dieser Arbeit besprochenen Entscheidung vom 23. Februar 1925 ausdrücklich die Teilbarkeit einer Prozeßführungsgenehmigung ab.¹ Zur Begründung führte es aus, daß die Prozeßführung ein einheitliches Ganzes sei, das nicht durch eine nur teilweise Genehmigung auseinandergerissen werden dürfe.

1 siehe RGZ 110, 228/230 unter Bezugnahme auf Hellwig, Lehrbuch II, S. 340 und Förster/Kann § 56 Bem. 1 a aa; vgl. auch RGZ 66, 244.

Dieses Urteil wird in der Rechtsprechung zur Begründung herangezogen, wenn eine Teilbarkeit der Prozeßführung abgelehnt wird.¹ Auch der Bundesgerichtshof hat sich dieser vom Reichsgericht begründeten Auffassung angeschlossen. Aus seiner Entscheidung vom 2. Juli 1953 läßt sich eine Zulassung der Teilbarkeit durch den Bundesgerichtshof nicht herauslesen.² Zwar wurde in dieser Entscheidung ein Rechtsmittelverzicht von der Erteilung der Prozeßführungsgenehmigung bei einem vollmachtlosen Prozeßvertreter ausgenommen. Insoweit ließ das Gericht eine Teilung zu: Der Vertretene habe von der den gesamten Rechtsstreit beendenden Prozeßhandlung keine Kenntnis gehabt. Der Bundesgerichtshof stellt dann jedoch ausdrücklich klar, weiterhin von einer Unteilbarkeit der bisherigen Prozeßführung zumindest innerhalb einer Instanz ausgehen zu wollen. Der Bundesgerichtshof betont, daß lediglich ein nach Erlaß des Urteils I. Instanz ohne Kenntnis des Vertretenen erteilter Rechtsmittelverzicht ausgenommen werden könne. Somit kann aus dieser Entscheidung keine Abkehr von der Rechtsprechung des Reichsgerichts gesehen werden. Eindeutig gegen eine Teilbarkeit spricht der Bundesgerichtshof sich in der Entscheidung vom 19. Juli 1984 aus.³

Das Oberlandesgericht Hamburg hatte sich ebenfalls mit einer Teilbarkeit der Prozeßführungsgenehmigung zu beschäftigen.⁴ Das Gericht lehnte die Teilbarkeit der Prozeßführungsgenehmigung unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Reichsgerichtes ab.

Lediglich das Kammergericht bejahte in seiner Entscheidung vom 16. Mai 1906 eine Teilbarkeit.⁵ Allerdings

1 vgl. etwa BAG, AP § 56 ZPO Nr. 3; Thomas/Putzo § 51 Anm. III 4 d.

2 BGHZ 10, 147.

3 vgl. BGHZ 92, 137/140.

4 so OLG Hamburg, Seuff. Archiv 52, 211.

5 so KG, OLG Rspr. 15, 152f; allerdings kam es hier auf eine eventuelle Teilbarkeit entscheidend nicht an.

begründete das Kammergericht seine Auffassung nicht.

Das Oberlandesgericht Saarbrücken bezog die Genehmigung einer Berufungseinlegung und -begründung eines vollmachtlosen Rechtsanwaltes nicht auf die gesamte bisherige Prozeßführung. Auch insoweit ließ es eine Teilung zu. Allerdings sollte hier vornehmlich die Verwerfung einer Berufung als unzulässig vermieden werden.¹

Die Genehmigung war in diesem Fall nur zu dem Zweck erfolgt, die Verwerfung der Berufung als unzulässig zu vermeiden. Deshalb darf hieraus nicht auf eine Tendenzwende in der Rechtsprechung geschlossen werden. Vielmehr ist nach wie vor die Auffassung des Reichsgerichts als herrschend anzusehen.

2. In der Literatur

Die Frage einer Teilbarkeit der Prozeßführungsgenehmigung wird in der Literatur fast einhellig, wenn auch mit gewissen, noch näher darzustellenden Modifizierungen verneint.

a) Allgemein wird die Auffassung vertreten, daß eine Genehmigung der bisherigen Prozeßführung die gesamten bislang vorgenommenen Prozeßhandlungen zu umfassen habe.² Anderenfalls liege keine wirksame Genehmigung

1 so OLG Saarbrücken, NJW 1970, 1464f.

2 so Förster/Kann § 56 Anm. 1 a aa; Höpfner, Vertretung ohne Vollmacht im Civilprozeß, S. 105ff; Hellwig, Lehrbuch II, S. 340f; Hellwig, System I, S. 181; Nußbaum, Prozeßhandlungen, S. 99; Luxenberg, S. 52; Karpinski, S. 15, 48 und 50; Schönke/Schröder/Niese § 24 IV; Baumgärtel, Wesen und Begriff einer Prozeßhandlung, S. 102, 105f; Blomeyer § 8 III 1, S. 49; Grunsky § 27 II 2, S. 253; Thomas/Putzo § 51 Anm. III 3 d; Rosenberg/Schwab § 44 III 2, S. 234; Zeiss § 23 V 1, S. 53; Bernhardt, S. 123; Hoche, S. 80 und S. 178; Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht, S. 71; Grundmann, S. 60; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 56 Anm. 1 C; Jauernig § 20 IV 2 b, S. 51 und § 30 II 2, S. 100; Stein/Jonas/Schönke/Pohle § 56

vor.¹ Als Begründung wird häufig auf die zitierte Entscheidung des Reichsgerichts vom 13. Februar 1925 Bezug genommen, ohne diese Auffassung zu begründen.² Teilweise wird die vom Reichsgericht vorgegebene Begründung übernommen.³ Verschiedentlich wird die Teilbarkeit ohne jede Begründung verneint.⁴

b) Eine ausführliche, wenn auch ablehnende Erörterung dieser Frage findet sich bei Anton.⁵ Dieser begründet die Ablehnung der Teilbarkeit mit der Einheit des Verfahrens, die gewahrt werden müsse. Zusätzlich nimmt er jedoch eine Abwägung zwischen den Interessen der Beteiligten vor. Anton kommt zu dem Ergebnis, daß eine Teilbarkeit als nicht gerechtfertigte Benachteiligung des jeweiligen Gegners abzulehnen sei.⁶

c) Gegenüber dieser engen Auffassung, wonach die bisherige Prozeßführung nur im ganzen ohne jede Ausnahme genehmigt werden könne, wird im Anschluß an Wach⁷ verein-

Anm. I 3; Lukes, ZZP 69, 151; Bruns Rdnr. 54 b, S. 58; de Boor/Erkel § 8 IV 3, S. 62; Zöllner § 52 Anm. III 3; Nikisch § 30 IV 2, S. 116f; grundsätzlich auch Ulbricht, AcP 78, 48/111; Sauer, Grundfragen des Prozeßrechts, S. 392; Dehmer, S. 72; Anton, S. 151ff.

1 Förster/Kann § 56 Anm. 1 a aa; Hellwig, Lehrbuch II, S. 340; so auch heute noch Bernhardt, S. 123; Dehmer, S. 72.

2 so etwa Blomeyer § 8 III 1, S. 49; Zöllner § 52 Anm. III 3; Stein/Jonas/Schönke/Pohle § 56 Anm. I 3; Dehmer, S. 72.

3 so etwa Luxenberg, S. 52; Grundmann, S. 60; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 56 Anm. 1 c; Gebler, S. 52f.

4 vgl. Grunsky § 27 II 2, S. 253; Zeiss § 23 V 1, S. 53; Jauernig § 20 IV 2 b, S. 51; Nikisch § 30 IV 2, S. 116f.

5 siehe Anton, S. 151ff, 153.

6 vgl. Anton, S. 155.

7 siehe Wach, Handbuch des Deutschen Civilprozeßrechts I, S. 599f.

zelt eine Genehmigung nur einzelner Teile der bisherigen Prozeßführung zugelassen:

Eine Einschränkung der Genehmigung soll sich auf einen der geltend gemachten Ansprüche beziehen dürfen, wenn mehrere Ansprüche im Wege einer Klagehäufung geltend gemacht werden.¹ Vereinzelt wird eine Genehmigung der Prozeßführung nur in der ersten Instanz für zulässig erachtet.² Soweit Prozeßhandlungen betroffen sind, die das gesamte bisherige Verfahren beenden³, oder Dispositionsakte, die über den Anspruch als solchen vorgenommen werden⁴, sollen diese nach vereinzelter Auffassung von der Genehmigung ausgenommen werden dürfen.⁵

Stein/Jonas/Pohle wollen bei der Genehmigung nach § 89 Abs. 2 ZPO eine Teilbarkeit dahingehend zulassen, daß ein Vergleich, Verzicht oder Anerkenntnis ausgenommen werden dürfe, da diese auch gem. § 83 Abs. 1 ZPO von der Vollmacht ausgenommen werden könnten.⁶

Bei Klage und Widerklage wird ebenfalls vereinzelt eine Teilbarkeit insoweit für zulässig erachtet, als die Ge-

1. so Hellwig, Lehrbuch II, S. 341; Gebler, S. 53; vgl. auch etwa Ulbricht, Die vollmachtlose Stellvertretung im Reichscivilprozeß, AcP 78, 48/111; Stein/Jonas/Schönke/Pohle § 56 Anm. I 3; Weismann, Lehrbuch I, S. 307; siehe auch Rosenberg/Schwab § 44 III 2, S. 234; Wach I, S. 599f.

2 vgl. Weismann, Lehrbuch I, S. 307; Wach I, S. 600.

3 wie etwa Rechtsmittelrücknahme oder -verzicht, §§ 515, 566, 515; 514, 566 ZPO.

4 wie Anerkenntnis oder Verzicht, §§ 307, 306 ZPO.

5 so Stein/Jonas/Pohle § 89 Anm. V 2; Gaupp/Stein § 89 Anm. IV 2 Fn. 15; Wach I, S. 600f; Ulbricht, AcP 78, 48/112; Zöller § 89 Anm. IV 2; Rosenberg/Schwab § 44 III 2, S. 219; Weismann I, S. 307.

6 vgl. Stein/Jonas/Pohle § 89 Anm. IV 2 im Anschluß an Wach I, S. 601 und Gaupp/Stein § 89 Anm. IV 2 Fn. 15; jedoch auch Stein/Jonas, 18. Aufl., § 89 Anm. V 1.

nehmung sich nicht auf beide Klagen zu beziehen habe, sondern auch nur eine umfassen könne.¹

Die Genehmigung von Arrestverfahren oder einstweiligen Verfügungsverfahren soll nach verschiedentlich geäußelter Auffassung nicht zwingend zur Voraussetzung haben, auch die Genehmigung des sich anschließenden Hauptsacheverfahrens umfassen zu müssen.²

Wenn auch im vorbeschriebenen Rahmen eine Teilbarkeit für zulässig erachtet wird, so ist zu bemerken, daß hier lediglich die Teile der Prozeßführung von der Genehmigung ausgenommen werden können, die den Streitgegenstand insgesamt betreffen, wie etwa Anerkenntnis, Verzicht, Rechtsmittelrücknahme oder ein abschließender Vergleich. Hierdurch wird letztlich die gesamte Prozeßführung genehmigt, da entscheidend auf den weiteren Verfahrensfortgang Einfluß genommen wird. Im übrigen wird eine Teilbarkeit nur in den Fällen zugelassen, in denen auch der Streitgegenstand teilbar ist.³ Damit werden jedoch nicht die hier zu untersuchenden Fälle einer Beschränkung der Genehmigung auf beliebige Teile der bisherigen Prozeßführung bei unteilbarem Streitgegenstand in einer Instanz erfaßt.⁴

1 so Nikisch § 44 III 4 b, S. 172; Rosenberg/Schwab § 44 III 2, S. 234; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann Anhang zu § 253 Anm. I B; Wach I, S. 600; ablehnend Hellwig, Lehrbuch II, S. 341 Fn. 33 mit eindrucksvollem Beispiel der Klage eines Prozeßunfähigen auf Lieferung des Sache nach § 433 Abs. 1 BGB und gleichzeitiger Widerklage auf Kaufpreiszahlung, wobei nur die Prozeßführung der ursprünglichen Klage genehmigt wird.

2 so etwa Wach I, S. 598, der im übrigen in die genannten Ausnahmen zwanglos einzuordnen ist, während ihm verschiedentlich eine weiter differenzierende Lösung nachgesagt wird; vgl. etwa Anton, S. 153; Wach will im übrigen innerhalb einer Instanz eine Trennung zwischen gebilligten und mißbilligten Verhandlungsbestandteilen bei demselben Streitgegenstand als "nicht tunlich" ansehen. Insoweit unterscheidet er sich gerade nicht von der h.M.

3 vgl. Gebler, S. 53; Wach, S. 100; Weismann, S. 307.

4 so auch Anton, S. 154.

d) In der Literatur finden sich nur vereinzelt Stellungnahmen, die eine Beschränkung der Genehmigung auf Teile der bisherigen Prozeßführung zulassen wollen.¹ Wieczorek verlangt ähnlich der Behandlung dieser Frage beim gewillkürten Parteiwechsel auch hier keine uneingeschränkte Bindung an die bisherige Prozeßführung.² Danach muß eine Partei sich nicht an Anerkenntnisse, Verzichte oder Geständnisse festhalten lassen. Vielmehr können diese von der Genehmigung ausgenommen werden. Ferner sollen die Verspätungsregeln der §§ 296, 527 ZPO gegenüber dem Genehmigenden nicht wirken. Dieser soll auch die Möglichkeit haben, nach seiner Genehmigung mit der Kostenfolge des § 93 ZPO sofort anzuerkennen oder zu verzichten.³

Schönke/Kuchinke wollen ebenfalls eine Teilbarkeit der bisherigen Prozeßführung zulassen. Die Genehmigung habe sich jedoch zumindest auf einen Teil zu beziehen, der im Gesamtgefüge der Prozeßhandlungen selbständig bestehen bleiben könne. Sie halten es für zulässig, eine Beweisaufnahme oder ein Anerkenntnis von der Genehmigung auszunehmen.⁴

Eine weitergehende Beschränkbarkeit einer Prozeßführungsgenehmigung auf Teile der bisherigen Prozeßführung

1 Hier erscheinen oft mißverständliche Formulierungen, wenn von Genehmigung einzelner Prozeßhandlungen die Rede ist, was den Schluß auf eine Genehmigungsbeschränkung auf einzelne Prozeßhandlungen zuläßt. Später stellt sich dann jedoch heraus, daß damit die gesamte Prozeßführung gemeint war; so etwa Friedrich, S. 37 und S. 54; offen auch Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage, S. 460 und derselbe, ZPR § 32 3, S. 102 und § 41 5, S. 125; vgl. auch Sauer, Grundlagen des Prozeßrechts, S. 390 und S. 392.

2 vgl. Wieczorek § 56 Bem. B III b 3.

3 vgl. auch Höpfner, Vertretung ohne Vollmacht im Zivilproceß, S. 109, der bereits 1899 darauf hinwies, daß eine weitergehende Teilbarkeit der Prozeßführung als bisher anerkannt möglich sein müsse.

4 so Schönke/Kuchinke § 28 IV, S. 128, dessen aufgeführte Prozeßhandlungen wohl nur beispielhaft gemeint sind.

ist, soweit ersichtlich, sonst bislang noch von Höpfner für zulässig gehalten worden, der dies jedoch nicht näher erörterte oder begründete.¹

II. Vergleich mit anderen Verfahren

1. In der Strafprozeßordnung ist in den §§ 374 Abs. 3, 395 Abs. 1, 172 Abs. 2 StPO vorgesehen, daß der gesetzliche Vertreter für den Prozeßunfähigen das Verfahren führt. Hieraus ist eine Genehmigungsmöglichkeit der Prozeßhandlungen eines Prozeßunfähigen hergeleitet worden.² Eine ausdrückliche Regelung einer Teilbarkeit der Genehmigung findet sich nicht.

Soweit eine Genehmigung der bisherigen Prozeßführung in Betracht gezogen wird, ist allgemein die Rede von einer Genehmigung der Prozeßhandlungen.³ Die Verwendung des Plurals läßt den Schluß auf eine Unteilbarkeit der Prozeßführung zu. Teilweise wird ausdrücklich die Genehmigung der Prozeßführung als Ganzes verlangt, wenn etwa der gesetzliche Vertreter ein vom Prozeßunfähigen angestrigtes Verfahren nach Genehmigung fortsetzen will.⁴ Diese Auffassung wird mit der Einheit des Verfahrens begründet, das als Ganzes weitergelten müsse.

Es ist daher für das Strafprozeßrecht davon auszugehen; daß auch hier eine Prozeßführungsgenehmigung nicht auf einzelne Teile der bisherigen Prozeßführung beschränkt werden kann, zumal sich die Prozeßführungsgenehmigung

1 siehe Höpfner, S. 108.

2 vgl. OLG Hamm, JMB1 1963, 112; RGSt 55, 214.

3 so etwa BayObLG, NJW 1956, 681; OLG Hamburg, JZ 1955, 218; OLG Hamm, MDR 1951, 503.

4 so OLG Frankfurt, OLGSt zu § 374 Abs. 3 StPO; wohl auch Müller/Sax § 374 Anm. 3 c.

nach den Grundsätzen der Zivilprozeßordnung richten soll.¹

2. Auch in den Bestimmungen für das Verwaltungsverfahren und das Verwaltungsgerichtsverfahren finden sich keine ausdrücklichen Regelungen. Überwiegend wird von der Rechtsprechung und Literatur eine Genehmigung der Prozeßführung für zulässig gehalten.² Dabei wird gem. § 173 VwGO auf die Zivilprozeßordnung verwiesen.³ Daher finden die Regelungen der Zivilprozeßordnung im Verwaltungsgerichtsverfahren ergänzend Anwendung. Auch hier wird eine Genehmigung nur für die gesamte bisherige Prozeßführung für zulässig erachtet.⁴

Im Verwaltungsverfahrensgesetz finden sich ebenfalls keine Regelungen über eine Beschränkbarkeit einer Genehmigung der bisherigen Handlungen. Eine Genehmigungsmöglichkeit wird auch hier unter Hinweis auf die prozeßrechtlichen Regelungen zugelassen.⁵ Auch hier wird die Zulässigkeit einer teilweisen Genehmigung verneint.

3. Im Verfahren vor den Finanzgerichten verweist § 155 VwGO auf die Zivilprozeßordnung. Da dort nach der Finanzgerichtsordnung eigene Bestimmungen über die Genehmigung der bisherigen Prozeßführung fehlen, wird die Zulässigkeit der Genehmigung der bisherigen Prozeßführung durch analoge Anwendung der §§ 89 Abs. 2, 551 Nr. 5,

1 vgl. OLG Breslau, DRiZ 1930, Nr. 630, S. 426; OLG Königsberg, JW 1930, Nr. 59, S. 1110, auf dessen Entscheidung noch heute Bezug genommen wird; vgl. etwa Kleinknecht/Müller/Reitberger § 374 Anm. 3 c.

2 siehe Hess VGH, VRspr. 11, Nr. 246; Eyermann/Fröhler § 62 Rdnr. 11 und § 67 Rdnr. 15; Hess VGH, DVBl 1954, 476ff, das ausdrücklich von Genehmigung der Prozeßführung spricht.

3 vgl. BVerwGE 14, 212.

4 vgl. BVerwG ZBR 1978, 376ff; Hess VGH, DVBl 1954, 476ff.

5 vgl. Knack § 12 Rdnr. 9; Meyer/Borgs § 12 Rdnr. 1.

579 Nr. 4 und 1041 Abs. 1 Nr. 3 ZPO erreicht.¹ Dabei wird allgemein davon gesprochen, daß eine Genehmigung der Prozeßhandlungen zulässig sei.² Im Verfahren vor den Finanzgerichten wird daher allgemein von einer Un-
teilbarkeit der Genehmigung der bisherigen Prozeßführung ausgegangen.

4. Im Verfahren vor den Sozialgerichten wird eine Genehmigung der bisherigen Prozeßführung durch die Verweisung des § 202 SGG auf die Vorschriften der Zivilprozeßordnung erreicht.³ In Rechtsprechung und Literatur wird die einhellige Auffassung vertreten, wonach eine Genehmigung nur der gesamten bisherigen Prozeßführung erfolgen könne.⁴

Für die sonstigen Verfahrensarten wird daher eine Beschränkung der Prozeßführungsgenehmigung auf Teile der bisherigen Prozeßführung nicht für zulässig gehalten. In sämtlichen Verfahrensarten wird durch Verweisungsvorschriften die Zivilprozeßordnung ergänzend herangezogen. Dabei werden auch die in der Zivilprozeßordnung überwiegend vertretenen Auffassungen zu einzelnen Streitfragen in diesem Verfahren übernommen werden. Deshalb wird die Untersuchung einer Teilbarkeit der Genehmigung der bisherigen Prozeßführung auch für die genannten Verfahren von Bedeutung sein.

Ob bei einer Prozeßführungsgenehmigung nur einzelne Prozeßhandlungen und nicht die gesamte Prozeßführung genehmigt werden kann mit der Wirkung, daß nur die genehmigten Prozeßhandlungen wirksam werden, soll im folgenden durch Anwendung der allgemein anerkannten Auslegungsgrundsätze untersucht werden.

1 so BFH 90, 280/281f.

2 so Ziemer/Birkholz § 58 Rdnr. 18 und § 62 Rdnr. 27; deutlich auch Gräber § 62 Rdnr. 17.

3 siehe Meyer/Ladewig § 71 Rdnr. 8 und § 73 Rdnr. 13/18; BSGE 32, 253.

4 vgl. BSGE 32, 253; Meyer/Ladewig § 71 Rdnr. 8.

III. Rechtsfindung secundum legem

1. Auslegung des Wortlauts der §§ 89 Abs. 2, 551
Nr. 5, 579 Abs. 1 Nr. 4 und 1041 Abs. 1 Nr. 3 ZPO

Jede Auslegung orientiert sich zunächst an dem Wortlaut der betreffenden Vorschrift. Der Wortlaut steckt den Rahmen der weiteren Tätigkeit des Auslegenden ab: er dient zum einen der ersten Orientierung, zum anderen zeigt er den möglichen Wortsinn als Grenze einer Auslegung.¹ Ob es sich dabei um eine starre Begrenzung einer Auslegung durch den Wortlaut handelt, ist jedoch zweifelhaft.² Daher soll in der Folge zunächst kurz die allgemeine Bedeutung einer Wortauslegung dargestellt werden, um im Anschluß daran die Bedeutung einer solchen Auslegung für die hier einschlägigen Vorschriften zu untersuchen.

a) Der Stellenwert einer Wortauslegung wird allgemein und auch speziell für die Zivilprozeßordnung nicht sonderlich hoch angesetzt.³ Nach Überwindung des Positivismus, der noch von der Möglichkeit ausging, Gedanken exakt im Wort darstellen und dort auch wieder verständlich entnehmen zu können, ging man davon aus, daß gegenüber einem eindeutigen Wortlaut eine Auslegung nach Sinn und Zweck des Gesetzes Platz greife.⁴ Nach der Verabschiedung eines Gesetzes kann sich im Laufe der Zeit als erforderlich erweisen, einen damals noch nicht bestehenden Interessenkonflikt nunmehr zu lösen. Der Gesetzgeber kann bei Schaffung des Gesetzes allgemein

1 vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 311; Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 77; so auch BGH, NJW 1953, 72.

2 siehe etwa Zimmermann, Der Wortlaut des Gesetzes im Spiegel höchstrichterlicher Rechtsprechung, NJW 1956, 1262f.

3 vgl. bereits Thomas/Putzo Einl. VI 1; Engisch, S. 77.

4 so im Ergebnis auch BGHZ 17, 266/275f; BGHZ 3, 308/315; Zimmermann, S. 1262.

eine andere Interessenbewertung vorgenommen haben, die in einem konkret zu entscheidenden Fall nunmehr unter Beachtung der heutigen Anschauung entgegen dem Gesetzeswortlaut eine andere Auslegung bedingt. Eine Anpassung des Gesetzes an veränderte Situationen wäre ausgeschlossen bei einer ausschließlichen Anwendung sprachlicher Regeln, wonach die einzelne Vorschrift nur isoliert zu betrachten wäre und eine Interessenabwägung lediglich im Rahmen des Gesetzeswortlautes stattfinden könnte.¹ Der Gesetzeswortlaut wird deshalb heute allgemein zwar als Ausgangspunkt einer Auslegung angesehen, ohne hierdurch die Berücksichtigung weiterer Umstände auszuschließen.² Höher als der Wortlaut des Gesetzes wird demnach dessen Sinn und Zweck gestellt, damit der zu entscheidende Streitfall einer billigen und vernünftigen Regelung zugeführt werden kann.³ Um dieses Ziel zu erreichen, wird bei erfolgloser Ausschöpfung aller Auslegungsmöglichkeiten eine analoge Anwendung einer Vorschrift in Betracht gezogen. Nach Überwiegender Ansicht schließt sich an die Ausschöpfung aller Auslegungsmethoden der Versuch an, eine Vorschrift analog anzuwenden.⁴

Neben diesen Erwägungen zur Bedeutung des Gesetzeswortlautes ist ferner zu berücksichtigen, daß der Sprachgebrauch der Zivilprozeßordnung durch ihre zahlreichen Novellierungen vielfach uneinheitlich geworden ist. Dadurch ist der Stellenwert einer Wortauslegung zivilprozessualer Vorschriften weiter gesunken.

b) Eine Teilbarkeit der Prozeßführungsgenehmigung wird verschiedentlich mit dem Gesetzeswortlaut der §§ 89 Abs. 2, 551 Nr. 5, 579 Abs. 1 Nr. 4 und 1041 Abs. 1 Nr. 3 ZPO

1 vgl. Heck, Das Problem der Rechtsgewinnung, S. 97f.

2 siehe Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 308f; Heck, S. 98f.

3 so ausdrücklich BGHZ 17, 266/267.

4 so auch Engisch, S. 146; Larenz, S. 341f.

abgelehnt. Dort ist ausgeführt: "... sofern sie nicht die Prozeßführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat".¹ Im Wege der Wortauslegung wird hieraus gefolgert, daß nur "die", also die gesamte bisherige Prozeßführung genehmigt werden könne. Es wird auf die Verwendung des bestimmten Artikels abgestellt.

Der Gesetzgeber spricht jedoch in den Fällen, in denen eindeutig die gesamte Prozeßführung einer Partei gemeint und geregelt wird, von "dem Rechtsstreit"² oder "dem Prozeß".³ Hier stellt der Gesetzgeber ausdrücklich klar, den gesamten Rechtsstreit und nicht einzelne Teile davon erfassen zu wollen.

Der Gesetzgeber hat jedoch nicht immer eine eindeutige Formulierung gewählt:

In § 51 Abs. 1 ZPO ist die Rede von "der Prozeßführung". Mittlerweile ist anerkannt, daß hier auch die Fälle einer besonderen Ermächtigung zu einzelnen Prozeßhandlungen, wie etwa einer Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes nach § 1822 Nr. 12 BGB gemeint sind.⁴

Der Wortlaut des § 269 Abs. 1 ZPO sieht vor, daß die Klage zurückgenommen werden kann. Zweifelsfrei kann auch nur ein Teil einer Klage zurückgenommen werden, wie es etwa § 301 Abs. 1 ZPO ausdrücklich für ein Teilverdict vorsieht.⁵

Der Gesetzgeber sieht in § 76 ZPO eine Übernahme der gesamten bisherigen Prozeßführung vor. In § 76 Abs. 3 und 4 ZPO formuliert er dies ausdrücklich als Übernahme

1 so Anton, S. 152; Rosenberg, Stellvertretung im Prozeß, S. 628; Grundmann, S. 60.

2 vgl. §§ 79, 81, 67, 68.

3 so die §§ 63, 76 Abs. 3 und 4.

4 vgl. Thomas/Putzo § 51 Anm. III 3.

5 vgl. Thomas/Putzo § 269 Anm. 2 a; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 269 Anm. 1; Stein/Jonas/Schumann/Leipold § 271 Anm. I 1; Rosenberg/Schwab § 131 I 3 a, S. 714.

des Prozesses. Hier hat der Gesetzgeber eine umfassende Übernahme des Rechtsstreites ausdrücklich formuliert. Es handelt sich hier um einen Fall des Parteiwechsels kraft Gesetzes. Daher wird der Rechtsstreit, so wie er sich zum Zeitpunkt der Übernahme darstellt, vom Übernehmenden unverändert weitergeführt. Der den Rechtsstreit Übernehmende ist damit an die bisherige Prozeßführung seines Vorgängers gebunden. Die hierbei verwendete Formulierung deckt sich nicht mit dem Wortlaut der Regelungen einer Prozeßführungsgenehmigung.

Andererseits kann aus der unterschiedlichen Formulierung nicht die Zulässigkeit einer Teilbarkeit bei "der Prozeßführung" gefolgert werden. Vielmehr benutzt der Gesetzgeber eine unterschiedliche Terminologie für die Fälle, die den gesamten Rechtsstreit meinen. Auch die Unterscheidung zwischen einzelnen Prozeßhandlungen und der gesamten Prozeßführung wird, wie aufgezeigt, nicht konsequent durchgehalten.

Daher kann durch die Verwendung des bestimmten Artikels in §§ 89 Abs. 2, 551 Nr. 5, 579 Abs. 1 Nr. 4 und 1041 Abs. 1 Nr. 3 ZPO nicht aus dem Wortlaut gefolgert werden, daß nur die gesamte Prozeßführung genehmigt werden könne. Der Gesetzgeber verwendet in § 51 ZPO ebenfalls einen bestimmten Artikel und spricht von der Prozeßführung, obwohl eine Teilbarkeit dort allgemein für zulässig gehalten wird.¹

Der Gesetzeswortlaut "die Prozeßführung" führt daher nicht zu einem eindeutigen Ergebnis, wonach eine Teilbarkeit der bisherigen Prozeßführung anläßlich ihrer Genehmigung ausgeschlossen wäre.²

Daher steht der Wortlaut der Vorschriften über die Prozeßführungsgenehmigung deren Teilbarkeit nicht entgegen.

1 vgl. Thomas/Putzo § 51 Anm. III 3.

2 vgl. allgemein etwa Engisch, S. 73.

2. Die Gesetzssystematik

Im folgenden soll eine systematische Auslegung der einschlägigen Vorschriften erfolgen, indem diese mit anderen Verfahrensvorschriften, die einen ähnlich gelagerten Fall erfassen, verglichen werden.

1. Da der zur Genehmigung der bisherigen Prozeßführung Aufgerufene vielfach den Rechtsstreit selbst fortführt, bietet sich ein Vergleich mit den Fällen des gesetzlichen oder gesetzlich geregelten Parteiwechsels an. Der Gesetzgeber hat verschiedentlich die Übernahme des ganzen Rechtsstreits ohne Möglichkeit einer Beschränkung auf einzelne Teile der bisherigen Prozeßführung angeordnet.¹ So kann nach §§ 76 und 77 ZPO der mittelbare Besitzer anstelle des Beklagten den Rechtsstreit übernehmen. Eine entsprechende Regelung findet sich in den §§ 265 Abs. 2, 266 ZPO. Dort nimmt der Rechtsnachfolger die jeweilige Stellung seines Vorgängers ein, ohne die bisherige Prozeßführung beeinflussen zu können.

Die Aufnahme eines Rechtsstreites nach den §§ 239ff, 250 ZPO durch den Rechtsnachfolger ist ebenfalls nur im ganzen möglich, ohne die Möglichkeit einer Beeinflussung der bisherigen Prozeßführung. Es erfolgt insoweit ein Eintritt in die gesamte Rechtsstellung, wie sie der Vorgänger geschaffen hatte.

Für die Fälle des gesetzlichen oder gesetzlich geregelten Parteiwechsels läßt sich somit festhalten, daß der Gesetzgeber eine auf einzelne Prozeßhandlungen beschränkte Übernahme des Rechtsstreites nicht zulassen

1 vgl. Nikisch § 114 II 1, S. 454; Stein/Jonas/Schönke/Pohle § 76 Anm. VI 1; Schönke/Schröder/Niese § 29 V 3 c, S. 144; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 76 Anm. 4; Thomas/Putzo § 50 Vorbem. IV 1 b, c; siehe auch schon Kirsch, Parteiänderung im Zivilprozeß, S. 139; Hellwig, System I, § 182 I 3 c, S. 588; Goldschmidt § 70 3 c, S. 243 und § 70 a 3 b, S. 245; vgl. aber auch Henckel, S. 226ff.

wollte. Daher ist im folgenden zu prüfen, ob die Regelungen des gesetzlichen Parteiwechsels auf die Prozeßführungsgenehmigung Anwendung finden können.

a) Ein Blick in die Gesetzesübersicht der Zivilprozeßordnung gibt bereits einen ersten Aufschluß. Die Vorschriften über den gesetzlichen Parteiwechsel und die Regelungen über die Einigungsmöglichkeit der bisherigen Prozeßführung stehen in keinem erkennbaren Zusammenhang zueinander. Im ersten Buch, 2. Abschnitt hat der Gesetzgeber im 3. Titel Regelungen für die Beteiligung Dritter am Rechtsstreit festgeschrieben. Obwohl hier eine dritte Person Einfluß auf den Fortgang des Rechtsstreits durch seine Genehmigung nimmt, sind die Genehmigungsmöglichkeiten der §§ 89 Abs. 2, 551 Nr. 5, 579 Nr. 4 und 1041 Abs. 1 Nr. 3 ZPO nicht in diesem dritten Titel geregelt. Vielmehr finden sich die Vorschriften über die Prozeßführungsgenehmigung verstreut wieder:

§ 89 Abs. 2 ZPO ist in den Regelungen über die Prozeßbevollmächtigten und Beistände im Verfahren zu finden.

Die §§ 551 Nr. 5 und 579 Nr. 4 finden sich in den Regelungen über die verschiedenen Rechtsmittel.

§ 1041 Abs. 1 Nr. 3 ZPO ist in den Regelungen über Rechtsmittel im schiedsrichterlichen Verfahren zu finden.

Der Gesetzgeber hat somit erkennbar die Regelungen über die Genehmigung von Prozeßhandlungen nicht den Vorschriften über den gesetzlichen Parteiwechsel zugeordnet. Schon deshalb verbietet sich eine Auslegung der Regeln der Prozeßführungsgenehmigung mit Hilfe der Vorschriften des gesetzlichen Parteiwechsels.

- b) Gegen eine Anwendung der Vorschriften über den gesetzlichen Parteiwechsel auf die Prozeßführungsgenehmigung spricht auch der unterschiedliche Regelungsgrund der einschlägigen Vorschriften.

Der gesetzliche Parteiwechsel hat in seinen beiden Ausgestaltungsformen des gesetzlich geregelten und des Parteiwechsels kraft Gesetzes eine Änderung des materiellen Rechts zur Voraussetzung. Diese Änderung tritt im laufenden Verfahren ein und hat Auswirkung auf die Stellung der Parteien. Bei dem Parteiwechsel kraft Gesetzes tritt eine Gesamtrechts- oder Sonderrechtsnachfolge ein.¹ Der Inhaber des materiellen Rechts wechselt. Dies hat kraft Gesetzes Auswirkung auf das laufende Verfahren. Der Erwerber tritt anstelle seines Vorgängers in den laufenden Rechtsstreit ein.

Der gesetzlich geregelte Parteiwechsel hat eine Veräußerung des Streitgegenstandes nach §§ 265, 266 ZPO zur Voraussetzung. Auch hier tritt eine Rechtsnachfolge für den Erwerber des Streitgegenstandes ein.

Der in § 75 geregelte Prätendentenstreit als Ausfluß des § 372 Satz 2 BGB setzt für den dort geregelten Parteiwechsel ebenfalls eine Änderung des materiellen Rechtes im laufenden Verfahren voraus.

Auch der in den §§ 76, 77 ZPO geregelte gesetzliche Parteiwechsel wird durch das materielle Recht beeinflusst.

Sämtlichen Fällen des gesetzlichen Parteiwechsels ist daher die Auswirkung der Änderungen des materiellen Rechts im laufenden Verfahren auf die Prozeßstellung der Parteien gemein.

¹ Hierher gehören nach der herrschenden Amtstheorie auch die Fälle, in denen während des Rechtsstreites die Vermögensverwaltung einer Partei kraft Amtes beginnt; vgl. hierzu Henckel, S. 118ff; Jauernig § 18 V 4, S. 45.

Demgegenüber kann eine Prozeßführungsgenehmigung zur Anwendung kommen, wenn ein zur Prozeßführung sachlich nicht Berechtigter einzelne Prozeßhandlungen vornimmt. Einer Änderung des materiellen Rechts bedarf es hier nicht. Vielmehr ist der Mangel der Prozeßhandlung in der Person des Prozeßführenden zu sehen. Dieser Mangel soll nachträglich geheilt werden.

Aus dieser unterschiedlichen Regelungsmaterie muß gefolgert werden: Die Regelungen des gesetzlichen Parteiwechsels und insbesondere die Unteilbarkeit der bisherigen Prozeßführung können nicht auf die Prozeßführungsgenehmigung übernommen werden.

- c) Aus dem Vorstehenden ergibt sich vielmehr eine Vergleichbarkeit zwischen der Prozeßführungsgenehmigung und einem gewillkürten Parteiwechsel. In beiden Fällen liegt ein Fehler in der die Prozeßhandlung vornehmenden Person. Soweit eine Prozeßführungsgenehmigung wegen der Unwirksamkeit der bisherigen Prozeßhandlungen erforderlich wird, hat eine hierzu nicht berechtigte Person Prozeßhandlungen vorgenommen.

Der gewillkürte Parteiwechsel kommt dann zum Zuge, wenn ein Fehler in der Auswahl der Partei vorliegt, also eine sachlich nicht legitimierte Person Partei geworden ist. In beiden Fällen kommt es somit auf Eigenschaften der Prozeßführenden an, die nicht von einer Änderung des materiellen Rechts beeinflußt werden.

2. Aus den Regelungen der §§ 67, 68 und 74 ZPO kann ebenfalls nicht der grundsätzliche Ausschluß einer Teilbarkeit der Prozeßführung in der Zivilprozeßordnung gefolgert werden. Zwar hat der Streitverkündende oder auch der Nebenintervenierende den Rechtsstreit in der Lage anzunehmen, in der er sich zur Zeit seines Beitritts befindet. Diese Pflicht zur Aufnahme des Rechtsstreites in seinem jeweiligen Stadium folgt jedoch aus

der selbständigen Teilnahme des Dritten neben dem bisherigen Prozeßführenden, der auch weiterhin selbständig den Prozeß als Partei führt. Daher kann aus diesen Regelungen nicht der grundsätzliche Ausschluß einer Teilbarkeit der bisherigen Prozeßführung geschlossen werden.

3. § 83 ZPO sieht eine Beschränkung der Vollmachtserteilung vor. Möglicherweise läßt sich daher im Wege einer Auslegung des § 89 Abs. 2 in Verbindung mit § 83 ZPO eine Beschränkbarkeit der Prozeßführungsgenehmigung entnehmen.¹ Eine derartige Auslegung könnte zum Ergebnis haben, einen Vergleich, Verzicht oder Anerkenntnis von einer Genehmigung der bisherigen Prozeßführung ausnehmen zu können.

Für eine derartige Auslegung spricht zunächst die räumliche Nähe beider Vorschriften. Beide Vorschriften stehen unter der Überschrift "Prozeßbevollmächtigte und Beistände". Daraus könnte sich die Beschränkbarkeit der Prozeßführungsgenehmigung eines Vertreters ohne Vertretungsmacht ergeben, wie die vorherige Bevollmächtigung eines Dritten beschränkbar ist.

Bei näherer Betrachtung der Vorschriften über die Vollmachtserteilung und die Prozeßführungsgenehmigung treten Zweifel an einer Gleichstellung dieser Vorschriften auf. Eine Vollmacht erteilt die Befugnis zu künftigem Handeln mit Wirkung für den Vollmachtgeber. Werden hier einzelne, das Verfahren beendende Akte aus Prozeßhandlungen ausgenommen, so muß dieser Umstand dem Gegner oder dem Gericht gegenüber ausdrücklich und unzweideutig erklärt werden.² Die Prozeßvollmacht ist aus Gründen der Verkehrssicherheit grundsätzlich unbeschränkbar. Unterbleibt eine derartige Mitteilung

1 so ausdrücklich Wach I, S. 600; Gaupp/Stein § 89 Bem. IV 2 Fn. 15; Stein/Jonas/Pohle § 89 IV Anm. 2 V 2; vgl. dazu jedoch BGHZ 92, 137/140.

2 so BGHZ 16, 167/168f; Stein/Jonas/Schönke/Pohle § 83 Anm. I 2; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 83 Anm. 1; Thomas/Putzo § 83 Anm. 1.

einer Vollmachtseinschränkung, ist diese unwirksam. Dadurch wird der Gegner sein prozessuales Verhalten entsprechend einstellen können.

Bei einer Genehmigung handelt es sich dagegen um die nachträgliche Zustimmung zu den bislang unwirksam vorgenommenen Prozeßhandlungen. Hier wird das Vertrauen des Gegners auf die Wirksamkeit der das gesamte Verfahren beeinflussenden Prozeßführung beeinträchtigt, wenn im Nachhinein ein Teil der bisherigen Prozeßführung nicht genehmigt würde. Wegen dieses nicht unerheblichen Eingriffes in das Vertrauen des Gegners verbietet sich ein Rückschluß von der Vollmacht auf die Genehmigungsvorschriften. Dabei kann die Frage dahingestellt bleiben, ob die Vollmachtserteilung ihrerseits bereits eine Prozeßhandlung darstellt.¹

Dieses Ergebnis findet seine Stütze auch im Aufbau der Vorschriften über die Bevollmächtigung. Der Gesetzgeber trennt die Vollmachtserteilung in den §§ 80 - 84 ZPO und deren Wirkung in den §§ 85 - 87 ZPO voneinander ab. Erst danach regelt der Gesetzgeber eventuelle Mängel einer Vollmacht in § 88 ZPO, um dann in § 89 ZPO die Folgen einer vollmachtlosen Prozeßvertretung festzulegen. Wenn der Gesetzgeber für § 89 ZPO eine der Regelung des § 83 ZPO entsprechende Einschränkung hätte vornehmen wollen, hätte es nahegelegen, innerhalb der Regelung des § 89 ZPO auf § 83 ZPO Bezug zu nehmen. Daher kann aus der Regelung des § 83 ZPO nicht auf eine Beschränkbarkeit der Prozeßführungsgenehmigung des § 89 Abs. 2 ZPO geschlossen werden.²

4. Der Gesetzgeber hat in § 85 Abs. 1 Satz 2 ZPO vorgesehen, daß Geständnisse und andere tatsächliche Erklärungen eines Bevollmächtigten nicht gelten, wenn die

1 vgl. hierzu einerseits OGHZ 4, 278f; Jauernig § 29 IV, S. 93; andererseits Thomas/Putzo § 78 Vorbem. I.

2 vgl. aber Stein/Jonas/Pohle § 89 Anm. IV 2, die allerdings die Teilbarkeit nicht bei jeder Art der Prozeßführungsgenehmigung zulassen wollen.

miterschienene Partei sie sofort widerruft oder berichtigt. In einem derartigen Fall läßt der Gesetzgeber nur teilweise Weitergeltung der Prozeßhandlung zu.

Gleichwohl erscheint eine Schlußfolgerung hieraus auf die Teilbarkeit einer Genehmigung nicht möglich zu sein:

- a) Auch hier gilt das zuvor für das Verhältnis des § 89 ZPO zu § 83 ZPO Ausgeführte. Für den Gesetzgeber hätte es nahegelegen, in § 89 Abs. 2 ZPO einen Bezug auf § 85 ZPO zu nehmen, wenn ausdrücklich eine entsprechende Teilbarkeit bei der Genehmigung der vollmachtlosen Prozeßführung vorgesehen werden sollte.
- b) Im Übrigen ist bei einer Genehmigung unwirksamer Prozeßhandlungen eine sofortige Heilung nicht möglich. Die Unwirksamkeit der Prozeßhandlung ist gerade auf die Erklärung eines hierzu sachlich nicht Legitimierten zurückzuführen. Der zur Prozeßführung Berechtigte ist nicht anwesend und damit nicht in der Lage, die Prozeßhandlung selbst vorzunehmen oder zu korrigieren.

Daher kann auch aus § 85 Abs. 1 Satz 2 ZPO kein Schluß auf eine über diese Vorschrift hinausgehende Teilbarkeit gezogen werden.

5. Der Gesetzgeber hat in § 295 Abs. 1 ZPO die Heilung einer einzelnen Prozeßhandlung vorgesehen, auch wenn mehrere Prozeßhandlungen gleichzeitig aufgrund eines Formverstoßes unwirksam sind. Eine prozeßführende Partei kann danach bei mehreren wegen Formverstoß unwirksamen Prozeßhandlungen einzelne Prozeßhandlungen rügen und andere infolge der Nichtträge nach § 295 ZPO wirksam werden lassen. Hier ist eine Teilbarkeit ausdrücklich vorgesehen, weil der Gesetzgeber von einer einzelnen Prozeßhandlung spricht.

Hieraus kann jedoch nur gefolgert werden, daß der Gesetzgeber eine Teilbarkeit nicht grundsätzlich aus-

schließen wollte. Man kann aus dieser Vorschrift jedoch nicht auf eine allgemeine Zulässigkeit einer Teilbarkeit der Prozeßführung schließen. Die Regelung des § 295 ZPO bezieht sich nur auf Verfahrensfragen. Nach § 295 Abs. 2 ZPO kann eine Partei über die Wirksamkeit einzelner Prozeßhandlungen nur disponieren, wenn verzichtbare Verfahrensvorschriften verletzt worden sind. Also handelt es sich um Mängel, die etwa bei Aufnahme des Verfahrens nach einer Unterbrechung entstanden sind.¹ Ebenso kann eine Beweisaufnahme trotz Verletzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes Wirksamkeit erlangen, wenn eine Partei auf die Geltendmachung der Verfahrensverletzung verzichtet.²

Die in Abs. 1 für eine Partei vorgesehene Heilung fällt jedoch aus, soweit eine unverzichtbare Vorschrift verletzt ist. Ein derartiger Fall ist gegeben bei Nichterfüllung von Amts wegen zu beachtender Prozeßvoraussetzungen. Hierauf kann eine Partei nicht verzichten.³ § 295 ZPO sieht demnach für diese Fälle, die nur durch eine Prozeßführungsgenehmigung geheilt werden können, die Heilungsmöglichkeit des § 295 Abs. 1 ZPO nicht vor. Daher verbietet sich eine Schlußfolgerung, wonach aus der Sanktionsnorm des § 295 Abs. 1 ZPO auf eine teilbare Prozeßführungsgenehmigung geschlossen wird.

In § 295 Abs. 1 Satz 2 ZPO kann wiederum nur der Wille des Gesetzgebers gesehen werden, eine Teilbarkeit grundsätzlich nicht ausschließen zu wollen. Aus dieser Vorschrift kann jedoch nicht die Teilbarkeit einer Prozeßführungsgenehmigung entnommen werden.

Die Zivilprozeßordnung enthält somit keine Regelung, von der auf eine Teilbarkeit der Prozeßführungsgenehmigung geschlossen werden könnte.

1 vgl. BGH, NJW 1957, 713.

2 BGH, MDR 1979, 567.

3 vgl. Thomas/Putzo § 295 Anm. 1 b.

3. Auslegung unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte

Für die Auslegung geltender Vorschriften ist deren Entstehungsgeschichte vielfach aufschlußreich und daher eine anerkannte Auslegungsmethode. Es soll im folgenden geprüft werden, wie die Frage einer Teilbarkeit der Prozeßführungsgenehmigung in der Vergangenheit behandelt wurde. Dabei soll zunächst die Entstehung der heute geltenden Genehmigungsvorschriften dargestellt werden, um danach die historische Entwicklung der Prozeßführungsgenehmigung näher zu untersuchen.

Aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich der für eine Auslegung der Genehmigungsvorschriften mit zu berücksichtigende Wille des damaligen Gesetzgebers.¹ Eine nicht eindeutig zu verstehende Vorschrift erscheint nach Feststellung des dem Wortlaut zugrundeliegenden Willens ihrer Schöpfer oft klar und eindeutig. So kann das mit der betreffenden Norm wirklich Gewollte festgestellt werden.

Dabei ist zunächst vom Willen des Gesetzgebers auszugehen, der die zu untersuchenden Normen geschaffen hat. Soweit der zugrundeliegende Wille des Gesetzgebers nicht festgestellt werden kann, und dieser die Regelung aus vorhergehenden Prozeßordnungen übernommen hat, ist auf diese zurückzugreifen. Da der Gesetzgeber möglicherweise die früheren Wertungen übernommen hat, ist die Entwicklung der Genehmigungsvorschriften insgesamt näher zu prüfen.

¹ vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 302; Engisch, S. 74; BGHZ 46, 85; BGH, DNotZ 1975, 361; BVerfGE 40, 364f; vgl. jedoch auch Vollkommer, Formenstrenge und prozessuale Billigkeit, S. 126ff, der die Bedeutung der Entstehungsgeschichte für eine sachgemäße Auslegung bezweifelt.

a) Die Entstehung der heutigen Genehmigungsvorschriften

Die Motive zur ZPO von 1877 sprechen in der Begründung zu § 83 a.F. (heute § 89) von der Prozeßführung schlechthin: "Gegenüber der vertretenen Partei ist die Prozeßführung wirksam, wenn die Partei die Prozeßführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat".¹ Nur wenige Zeilen weiter spricht der Gesetzgeber von der Beauftragung zur Prozeßführung, obgleich § 77 damaliger Fassung bereits (wie heute § 83 ZPO) eine Beschränkbarkeit der Bevollmächtigung vorsah.² Zu § 77 Abs. 2 wurde ausgeführt, daß die Teilung der Vollmacht eine Ausnahme von dem Grundsatz der Geltung einer Vollmacht für den gesamten Prozeß darstelle.³ Gleichwohl wird ohne Unterscheidung von "der Prozeßführung" gesprochen.

Zur Begründung des § 518 Nr. 2 a.F. (heute § 579 Nr. 4 ZPO) ist ohne nähere Erläuterung lediglich von einer Genehmigung "der Prozeßführung" die Rede.⁴

Zu den §§ 489 Nr. 5 (heute § 551 Nr. 5 ZPO) und 808 Nr. 3 (heute § 1041 Abs. 1 Nr. 3 ZPO) lassen sich keine Begründungen feststellen.⁵

Zur Frage der Genehmigung der Prozeßführung und deren Umfang finden sich auch anläßlich der Beratungen in der Kommission und im Plenum des Reichstages (1874) keine Stellungnahmen.⁶

Der Gesetzgeber von 1874 hat somit die Frage der Beschränkbarkeit einer Prozeßführungsgenehmigung mögli-

1 siehe Hahn, Motive zur ZPO, S. 196.

2 so Hahn, S. 192.

3 vgl. Hahn, S. 192; hieraus kann jedoch nicht etwa im Umkehrschluß gefolgert werden, daß der Gesetzgeber eine Teilbarkeit der Genehmigung der Prozeßführung etwa habe verhindern wollen.

4 siehe Hahn, S. 380.

5 vgl. Hahn, S. 369f und S. 496.

6 so Hahn, S. 550, 734, 743 und 887.

cherweise überhaupt nicht gesehen.¹ Zumindest hat er keine neue Regelung treffen wollen, da diese einer eigenständigen Begründung nicht entbehrt hätte. Es erscheint auch nicht ausgeschlossen, eine bereits zuvor bestandene Regelung oder gewohnheitsgemäße Übung als Ergebnis einer historischen Entwicklung (bewußt oder unbewußt) stillschweigend zu übernehmen. Dann müßte diese Frage in den Vorläufern der ZPO erkannt und geregelt gewesen sein, deren Ergebnis der Gesetzgeber von 1874 hätte übernehmen können. Daher ist die Entwicklung der Prozeßführungsgenehmigung insgesamt näher zu untersuchen.

b) Die historische Entwicklung der Prozeßführungsgenehmigung

Die geschichtliche Entwicklung soll in der Form dargestellt werden, daß zunächst die Rechtsvorschriften germanischen Ursprungs auf die Möglichkeit einer teilbaren Prozeßführungsgenehmigung hin untersucht werden. Daran schließt sich eine kurze Darstellung des Kirchenrechts an, beginnend mit dem Decretum Gratiani. Die Rechtsvorschriften römischen Ursprungs stehen dann im Mittelpunkt der Prüfung, ob innerhalb der Entwicklung der Genehmigungsvorschriften deren Teilbarkeit vorgesehen war.

aa) Die Vorschriften germanischen Ursprungs

In den Rechtsvorschriften germanischen Ursprungs finden sich keine Bestimmungen, die sich mit der Möglichkeit einer Genehmigung von Prozeßhandlungen oder der Prozeß-

¹ Auch bei der Erörterung der Prozeßunfähigkeit finden sich zur (teilbaren) Genehmigung der Prozeßführung keine Stellungnahmen; vgl. Hahn, S. 166ff.

führung befassen. Dies mag darauf zurückzuführen sein, daß dort kein so durchdachtes Gesetzeswerk bestand, wie etwa im Römischen Recht.¹

So enthält die Lex Romana Visigothorum (Breviarium Alaricianum) von 506 zwar im III. Titel unter Nr. 1-10 bereits recht ausführliche Regelungen über eine Vertretung im Prozeß.² Unter dem Titel de mandatoribus et mandatis ist zu Nr. 6 eine Genehmigung gerade nicht vorgesehen gewesen. Bei dem Fehlen einer Vollmacht war zwar ein neuer Rechtsstreit durch den Vertretenen zulässig. Es bestand jedoch keine Bindungsmöglichkeit an die bisherige Prozeßführung des vollmachtlosen Vertreters.

Auch das Edictum Theoderici von 458/459 und der Codex Euricianus enthielten keine Genehmigungsmöglichkeit einer Prozeßführung, so daß sich die Frage nach deren Teilbarkeit hier erst gar nicht stellte.

Die Lex Ribuaria traf für diese Fälle keine Regelung.³ In der Lex Salica war eine Genehmigungsmöglichkeit der Prozeßführung vorgesehen.⁴

In beiden Gesetzeswerken war eine Vertretung im Gerichtsverfahren anerkannt bei Kindern, Frauen und Gebrechlichen. Dies findet seine Ursache jedoch in den umfangreich angeordneten Zweikämpfen, zu denen dieser Personenkreis nicht geeignet war. Etwas anderes folgt auch nicht daraus, daß eine Teilbarkeit einer Prozeßhandlung in Form einer Teilanerkennung des gegnerischen Anspruchs vorgesehen war.⁵

1 vgl. hierzu S. 61ff. dieser Arbeit.

2 so Wohlhaupter, Gesetze der Westgoten, S. 40; vgl. auch Rogge, Über das Gerichtsverfahren der Germanen, S. 168.

3 siehe bei Eckhardt, Die Gesetze des Karolingerreiches, S. 138f.

4 siehe hierzu Eckhardt, Die Gesetze des Merowingerreiches, S. 98.

5 so etwa Siegel, Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens, Band I, S. 234.

Der um 1220/1230 entstandene und auf germanischem Recht beruhende Sachsenspiegel sah zwar in 1,62, § 7 eine Möglichkeit der Erholung, d.h. Berichtigung des Vorbringens des Vorsprechers vor.¹ Dieser Vorgang ist mit § 85 Abs. 1 Satz 2 ZPO zu vergleichen, der ebenfalls den sofortigen Widerruf des Tatsachenvortrages des Vertreters durch die anwesende Partei erlaubt. Die Partei selbst wurde gefragt, ob sie den Ausführungen des Vorsprechers zustimme.² Im Gegensatz zur Regelung des Sachsenrechts³ konnte zwar der Erholung des Vorsprechervortrages auch noch zu einem späteren Zeitpunkt bis zur Urteilsverkündung die Zustimmung verweigert werden.⁴ Jedoch besteht zur heutigen Genehmigung ein erheblicher Unterschied. Trotz der Inanspruchnahme eines Vorsprechers hatte der Vertretene in der Verhandlung anwesend zu sein.⁵ Deshalb konnte für den Gegner ein Vertrauen auf Fortbestand der vorsprecherischen Äußerungen nicht bestehen. Vielmehr mußte der Richter den anwesenden Vertretenen nach dessen Zustimmung fragen. Somit war jederzeit mit einer Änderung des Sachvortrages zu rechnen, was sogar bis zu drei Mal zulässig war.⁶

Ferner war die Wandelung des Sachvortrages eines Vorsprechers auch aufgrund der Formenstrenge erforderlich, die den mittelalterlichen Prozeß beherrschte.⁷ Eine Klageerhebung unter Mißachtung der vorgeschriebenen Form war bereits einem Prozeßverlust gleichzusetzen.

1 siehe Planck, S. 187, 194, 200f, 202, 204f, 208f, 210; Siegel, Die Erholung und Wandelung im gerichtlichen Verfahren, S. 12f und S. 15f.

2 vgl. Siegel, S. 16.

3 vgl. die Regelung des Sachsenspiegels 1,62, § 7.

4 so ausdrücklich bairisches Landrechtsbuch I, 14; vgl. auch Siegel, S. 16f; vgl. Deutschenspiegel c 83.

5 vgl. Siegel, S. 8.

6 siehe Siegel, S. 25.

7 im Ergebnis auch Siegel, Erholung und Wandelung im gerichtlichen Verfahren, S. 204; Schlosser, Spätmittelalterlicher Zivilprozeß, S. 182.

Deshalb schien eine Heilung des gesprochenen Wortes erforderlich, um Fehler auszugleichen.¹ Daran änderten weder die Kursächsische Gerichtsordnung von 1622 noch die Kursächsische Konstitution von 1752 etwas. Noch 1860 besagte das sächsische Recht, daß eine Genehmigung der Prozeßführung umfassend sein müsse.² Daher läßt sich für die Rechtsvorschriften germanischen Ursprungs die Zulässigkeit einer teilbaren Prozeßführungsgenehmigung nicht feststellen, zumal sich prozeßregelnde Vorschriften überhaupt nur sehr vereinzelt finden lassen.

bb) Kirchenrechtliche Bestimmungen

Das um 1140 von Gratian geschaffene Decretum Gratiani, eine umfangreiche Sammlung kirchlicher Rechtstexte, enthielt bereits eine detailliertere Regelung des Prozeßablaufes als die Prozeßregelungen germanischen Ursprungs. Allerdings finden sich dort keine Vorschriften über die Genehmigung unwirksamer Prozeßhandlungen, ebenso wenig wie in den späteren Rechtsäußerungen der Kirche.

Auch später findet sich im kanonischen Recht keine Regelung einer Prozeßführungsgenehmigung. Zwar ist dem kanonischen Recht eine Vertretung im Prozeß nicht unbekannt.³ Minderjährige unter 14 Jahren oder die "den Vernunftgebrauch nicht haben", können nicht selbst Prozeßhandlungen vornehmen.⁴ Diese sind unheilbar unwirk-

1 wohl auch Siegel, S. 208ff und S. 213ff.

2 vgl. Osterloh, Der ordentliche bürgerliche Prozeß, Bd. 1, § 138, S. 359, der zwar einerseits auf die Digesten verweist, die eine Teilbarkeit zulassen, und andererseits auf die Reichs-Civil-Gerichts-Ordnung von 1555 I, 21 § 2, wo eine Teilbarkeit nicht vorgesehen war.

3 vgl. etwa Kanon 1647 und 1648.

4 so Kanon 1648 § 1 und § 3.

sam. Urteile waren unheilbar nichtig, die bei fehlender Prozeßfähigkeit einer Partei¹ oder fehlender Vollmacht eines Vertreters² ergingen. Hieraus wird die unheilbare Unwirksamkeit auch einzelner derart vorgenommener Prozeßhandlungen gefolgert.³ Demnach war eine Genehmigung unwirksamer Prozeßhandlungen nicht denkbar. Es war lediglich eine Wiedereinsetzung zugelassen⁴, durch die der frühere Zustand wiederhergestellt wurde.⁵ Die unwirksame Prozeßhandlung mußte insgesamt nachgeholt werden.

Somit kann eine historische Auslegung des kanonischen Rechts die Zulässigkeit einer teilbaren Prozeßführungsgenehmigung in der heutigen Zivilprozeßordnung nicht begründen.

cc) Das Prozeßrecht römischen Ursprungs

In den Prozeßrechten römischen Ursprungs finden sich dagegen bereits sehr früh detaillierte Regelungen einer teilbaren Genehmigung. Die Frage einer Prozeßführungsgenehmigung war etwa 450 v. Chr. in den Zwölftafelgesetzen, die umfangreiche prozeßrechtliche Vorschriften enthielten, noch nicht behandelt.

In der Gesetzessammlung des oströmischen Kaisers Justinian finden sich dann bereits um 540 Regeln dieser Materie. Im zweiten Buch des später so bezeichneten *corpus iuris*, den *Digesten*, finden sich sogar Bestimmungen, die eine teilweise Prozeßführungsgenehmigung vorsehen.

1 Kanon 1892.

2 Kanon 1892.

3 so Jone, Gesetzbuch der lateinischen Kirche, Bd. III zu Kanon 1659 § 2.

4 so Kanon 1687 § 1.

5 vgl. Kanon 1689.

Diese Stellen lauten folgendermaßen:

I. 17 D. rat. rem hab. 46, 8. M a r c e l l u s
(libro xxI. Digestorum.):

Titius hat gegen einen Schuldner von Zehn im Namen des Gläubigers geklagt; der Geschäftsherr hat einen Teil der Forderung genehmigt. Man muß sagen, daß ein Teil der Verbindlichkeit erloschen ist, ebenso wie wenn der Procurator Zehn stipuiert oder eingefordert und der Gläubiger nicht das Ganze, sondern nur einen Teil des vom Procurator Vorgenommenen gebilligt hätte. Deshalb scheint, wenn Titius aus der Stipulation: 'Zehn oder den Stichus, was von beiden ich will', in meiner, des Geschäftsherrn, Abwesenheit, Fünf gefordert hätte, nach erfolgter Genehmigung richtig geklagt zu sein.¹

I. 18 D. cod. Pomponius (libro XXVI ad Sabinum):

Wenn der Procurator sichergestellt hat, daß der Geschäftsherr oder sein Erbe die Sache genehmigen wird, und der eine von den Erben des Geschäftsherrn es genehmigen sollte, der andere aber nicht, so wird ohne Zweifel die Stipulation nach Verhältnis des Teiles verfallen, zu welchem nicht genehmigt werden wird, weil sie auf soviel verfällt, als das Interesse des Stipulators beträgt. Denn auch wenn der Geschäftsherr selbst zum Teil genehmigt, zum Teil nicht genehmigt haben sollte, so wird die Stipulation nur zu einem Teil verfallen, weil sie auf soviel verfällt, als das Interesse des aus der Stipulation Klagenden beträgt, und darum kann aus jener Stipulation öfters geklagt werden, je nachdem ein Interesse des Klagenden vorhanden ist, weil er prozessiert, weil er Aufwand macht, weil er einen Rechtsbeistand annimmt, weil er infolge der Verurteilung gezahlt hat; ebenso wie es bei der Stipulation

1 Übersetzt nach: Justinian, Das corpus iuris civilis, Übersetzt von C.E. Otto, Schilling v. Sintenis, 4. Band, S. 805.

wegen drohenden Schadens sich zutragen kann, daß der, welcher stipuliert hat, mehrmals klagt; denn es leistet der andere für den Fall Sicherheit, wenn an der Stelle etwas einstürzt, zerstört werden, gegraben werden, gebaut werden wird usw.¹

I. 4 § 1 (Cato) D. de V. O. 45,1 (libro XII ad Sabinum):

Indessen dürfte hier doch wohl nicht dasselbe stattfinden, sondern vielmehr das, was jene Stipulation enthält: daß Titius und seine Erben es genehmigen wollen. Denn durch diese Stipulation wird nur der gehalten, welcher nicht genehmigt hat, und nur der wird Kläger sein d.h. als nicht genehmigend anzusehen sein, von dem ein Anspruch gemacht wird. Und dies ist auch die Meinung des Marcellus, o b g l e i c h d e r H e r r d e s G e s c h ä f t s s e l b s t d i e s e s a n t e i l i g n i c h t g e n e h m i g e n k a n n.²

Die Auslegung dieser Stellen ist streitig. Busse versuchte entgegen dem Wortlaut, die Stellen I.1.17 und 18 D. cod. dem Schlußsatz der I. 3 § 1 D. unterzuordnen und damit die teilweise Genehmigung doch nicht zuzulassen.³ Vielmehr verstand er die Teilbarkeit als teilweise Zahlung.

Nach Sintenis sollte die teilweise Genehmigung möglich sein⁴, was jedoch keine eigentliche Genehmigung mehr sein sollte.

1 Übersetzt nach: Justinian, Das corpus iuris civilis, Übersetzt von C.E. Otto, Schilling v. Sintenis, 4. Band, S. 805.

2 Übersetzt nach: Justinian, Das corpus iuris civilis, Übersetzt von C.E. Otto, Schilling v. Sintenis, 4. Band, S. 822.

3 so Busse, de ratihabitione, cap. II 3 4, S. 34f.

4 vgl. Sintenis, Praktisches Civil-Recht I, S. 158f.

Überwiegend wurde entsprechend dem Wortlaut eine Teilbarkeit zugelassen.¹ Einigkeit bestand darin, daß eine Prozeßführungsgenehmigung nur in den ausdrücklich genannten Fällen möglich sein sollte, wobei es sich hierbei um die Prozeßführung des Procurators für den Gläubiger handelte. Eine entsprechende Regelung für den Beklagten und dessen Vertreter fehlt.²

Eine Ausdehnung etwa auf die vollmachtlose Prozeßführung eines Defensors des Beklagten war ausgeschlossen.³ Diese Regelung wurde später nicht weiter übernommen.

So sah die Reichskammergerichtsordnung von 1495, mit ihren Änderungen von 1521, 1548 und 1555, bereits in 1. Teil XXI § 2 vor:

Weiter setzen und ordnen wir, so die procuratores in recht erscheinen mit inbringung der ladung, instrumenten, acta und anderes der vorigen instanz und darneben zu bestandt sich erbieten, daß dieselben auf iren bestandt de rato, in praeparatoriis iudicorum biß zu bevestigung des kriegß zugelassen werden, die in mitler zeyt trewen fleyß fürwenden sollen, von ihren principaln ratification ihrer vorigen handlung und fürther gewalts zu der gantzen sachen zz erlangen. Und so eyniger von ihnen in dem seumig würde, der soll alßdann kosten und schäden, so auf die sach gangen, von dem seynen außrichten und bezahlen und zu weiter handlung in der hauptsach nit zugelassen werden ohne erlaubnuß des gerichtß.

Aus Teil 1 XXIII § 1 folgt ferner, daß "handlung" allumfassend in dem Sinne einer gesamten bisherigen Prozeßführung gemeint war.⁴ Auch die Regelung im 3. Teil XII § 2:

1 siehe Seuffert, Ueber die theilweise Genehmigung der Geschäftsführung, S. 9.

2 so auch Seuffert, S. 12.

3 vgl. Seuffert, S. 10f.

4 Entsprechendes ergibt sich auch aus Teil 1 XXIII § 4.

Und erstlich was die ladung, mandata und andere proceß antrifft, sollen dieselbigen mit auß gehen, sie seien dann zuvor durch cammerrichter und beisitzer auf ansuchen des principals, seynes volmechtigen anwalts oder eines deß keiserlichen cammergerichts geschwornen advocaten und procuratorn, der deß principals iura und bericht hinder ime, dazu caution gethan hett, auf die erst termin genugsamen gewalt und im fall der notturft ratification vorgeübter handlung einzubringen erkandt und durch einen notarien des cammergerichts regi-
striert,

läßt den Schluß zu, daß eine teilweise Prozeßführungs-
genehmigung nicht mehr möglich sein sollte. Diese Aus-
nahme wird auch durch die Vorschrift im 3. Teil XXXIV
§ 2 gestützt, wo es heißt:

Und soll also die nullitet, so incidenter und nit
principaliter fürgenommen, neben und mit der iniquitet
zugleich auf alle termin außgeführt und in massen, wie
oben von appellationsachen gesetzt ist, procedirt und
gehandelt werden; es were dann sach, daß sich auß den
actis erster instanz ein öffentliche nullitet befünde,
welche in anderer instantz nicht ratificirt werden
möcht.

Auch die verschiedenen, später erlassenen Prozeßord-
nungen ließen eine teilbare Prozeßführungsgenehmigung
nicht mehr zu. Allerdings wurde dies nicht immer klar
und eindeutig zum Ausdruck gebracht. Ausdrücklich wur-
de nur vereinzelt bestimmt, daß die Prozeßführung nur
im ganzen zu genehmigen sei.

So sah etwa die Gerichts- und Land Ordnung der Graf-
schaft Solms von 1571 im XI. Titul unter § 7 vor, daß
eine Genehmigung dessen, was gehandelt worden war durch
den vollmachtlosen Vertreter, erforderlich war. Dies
läßt nur den Schluß auf die Unzulässigkeit einer teil-
weisen Genehmigung zu, da sich weitere Vorschriften
nicht finden.

Dagegen findet sich in der Hofgerichts Ordnung für die Pfalzgraf bei Rhein von 1572 überhaupt keine Regelung über eine Genehmigung der Prozeßführung.

Die Lüneburgische Hofgerichts Ordnung von 1564 spricht von der "genehmhabung was durch jenen gehandelt werde", wobei es sich bei "jenen" um einen vollmachtlosen Vertreter handelt. Daher ist auch hier von einer Unteilbarkeit der Prozeßführungsgenehmigung auszugehen, da sich sonstige Regelungen nicht finden.

Dies gilt auch für die Hofgerichts Ordnung für Holstein-Schauenburg und Sternberg von 1639, wo sich aus dem Ersten Theil Titel V § 9 ebenfalls eine Unteilbarkeit ergibt.

Diese Gesetze seien beispielhaft aufgeführt, da eine lückenlose Darstellung aller Prozeßordnungen den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde. Es darf jedoch aus den behandelten Vorschriften der Schluß gezogen werden, daß eine Teilbarkeit der Prozeßführungsgenehmigung in dieser Zeit nicht zugelassen wurde.

Auch in den späteren und gleichzeitig detaillierteren zivilprozeßrechtlichen Kodifikationen fand sich eine Teilbarkeit der bisherigen Prozeßführung nicht. So formulierten die Verfasser der Bayrischen Kodifikation des Zivil- und Strafprozeßrechts 1751/1771 in Cap. VII § 7: "Treten vollmachtlose Vertreter auf, so ist alles, was von ihnen gehandelt worden, nichtig und kraftlos. Es seye denn, daß die Ratification auf Seiten des Principalens ... noch er folgt".

Für die vollmachtlose Stellvertretung regelte Cap. VII § 5 ferner, daß die Ratification dessen, was solcher-gestalt von ihnen (den vollmachtlosen Vertretern) behandelt wird, in einer gewissen Frist beizubringen war.

Die Allgemeine Gerichtsordnung für die preußischen Staaten Friedrichs des Großen von 1793 sah ebenfalls die Unteilbarkeit einer Prozeßführungsgenehmigung vor. Zwar

sprechen im 3. Titel die §§ 25, 26, 29 und 53 nur von der Genehmigung.

In § 68 ist dann jedoch ausdrücklich ausgeführt: "... sondern ein falscher Bevollmächtigter muß, in so fern der vorgebliche Mandant seine Handlungen in der Folge nicht genehmigt, auch dem Gegner alle verursachte Schäden und Kosten erstatten".

Dies wird im 16. Titel § 2 Nr. 4 bestätigt, wenn angeordnet wird:

"Das Urteil wird aber gültig, wenn der gewesene Pflegebefohlene, oder der eines Beistandes bedurft hätte, die damaligen Verhandlungen zu einer Zeit ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt".

Ähnlich lautet auch im 16. Titel § 2 Nr. 5 3. Abs.:

"Wenn jedoch der Principal die Verhandlungen des sich aufgeworfenen Bevollmächtigten nachher genehmigt hat, so wird das Urteil, eben so, wie in dem vorigen Falle, gültig".

Neben diesem bedeutenden Gesetzeswerk seien lediglich einige weitere Prozeßordnungen exemplarisch untersucht. Nennenswerte Abweichungen der verschiedenen Prozeßordnungen untereinander sind nicht festzustellen.

Während die Bentheimische Gerichts- und Landt-Ordnung von 1691 im Titulus VIII und XI überhaupt keine Regelungen über eine Prozeßführungsgenehmigung traf, sieht die Gerichts- und Proceß Ordnung von Sachsen, Jülich und Kleve von 1670 in Cap. III § 1 vor, daß der Principal seine, des Vertreters, "Handlung genehm halte". Dies könnte auf eine Teilbarkeit schließen lassen.

Auch die Formulierungen der Gerichts Ordnung des Fürstentums Obern Pfalz und Bayern von 1657 im vierten Titul, das sibente Gesetz gibt zu erkennen, daß nur die gesamte bisherige Prozeßführung genehmigt werden könne. Daher ist auch hier von einer Unteilbarkeit auszugehen.

Im code civil procedure von 1807, der in Frankreich und dem linksrheinischen Gebiet galt und für die späteren Prozeßordnungen in Hannover 1850, Oldenburg 1857, Baden 1864, Württemberg 1868 und Bayern 1869 als Vorbild diente, war zunächst in Art 352 eine Spezialvollmacht für Anerbiethen, Geständnis und Einwilligung vorgesehen. Nachdem Art 352 die Art und Weise der Mißbilligung einer die Vollmacht überschreitenden Prozeßhandlung regelte, lauteten Art 358 und 359:

"Hat die Mißbilligung einen Act zum Gegenstande, worüber keine Instanz anhängig ist, so wird das Gesuch bey dem Gerichtsstande des Beklagten angebracht.

Jede Klage, welche auf Mißbilligung eines Actes gerichtet ist, wird dem öff. Ministerium mitgetheilt". Die Formulierung des Art 360 läßt ebenfalls den Schluß auf die Nichtgenehmigung einer einzelnen Prozeßhandlung zu, wenn formuliert ist:

"Das Urtheil oder die Verfügungen des Urtheils, welche sich auf die Punkte beziehen, die zur Mißbilligung Anlaß gegeben haben, bleiben, wenn die Mißbilligung für gültig erklärt wird, aufgehoben und kraftlos; derjenige, dessen Handlung mißbilligt worden ist, wird dem Kläger und den übrigen Parteyen allen Schaden zu ersetzen verurtheilt,".

Anders lautet Art 361:

"Wird die Mißbilligung für unstatthaft erklärt; so geschieht auf dem Rande des Mißbilligungsactes von dem Urtheile, das sie verwirft, Erwähnung, und der Kläger kann seinem Bevollmächtigten, dessen Handlungen er mißbilligt hatte, und den übrigen Parteyen, wie es die Beschaffenheit der Umstände erfordert, zum Schadensersatz und zur Genugthung verurtheilt werden".

Dies könnte eine Teilbarkeit darstellen. Jedoch erübrigt sich eine nähere Untersuchung hinsichtlich einer Begründung der teilbaren Prozeßführungsgenehmigung, da

das Gesetz zur Wirksamkeit gewisser Prozeßhandlungen das Erfordernis einer Spezialvollmacht aufstellt.

Deshalb regelt Art 481 ausdrücklich, daß eine Genehmigung bei falscher Vertretung überhaupt nicht vorgesehen sei. Gerade hier stellt sich jedoch - für das heutige Zivilprozeßrecht - die Frage der Teilbarkeit einer Prozeßführungsgenehmigung.

Entsprechend den Regelungen des code civil procedure sah die ihm nachgebildete Bürgerliche Prozeß-Ordnung für das Königreich Westphalen von 1810 eine Mißbilligung der ohne Spezialvollmacht vorgenommenen Prozeßhandlung in Art 287 vor. Eine Genehmigung sonstiger ohne Vollmacht vorgenommener Prozeßhandlungen, für die eine Spezialvollmacht nicht erforderlich war, wurde jedoch nicht anerkannt.

Die Process- und Gerichts-Ordnung für Pohlen von 1724 sah unter dem VII. Titel, unter der Überschrift "von den Anwalden" in § 6 vor:

"Trüge sichs auch zu, daß ein Procurator ohne genügsamer Vollmacht admittiret wäre, und den Prozeß continuiret hätte, soll dem Constituenten frey stehen, ehe, und zuvor in der Sachen hauptsächlich erkannt wird, dasjenige, was er gehandelt, zu ratificiren, es sey vorhero darwider excipiret oder nicht: Wann aber in der Sache definitive erkannt, und ein Theil excipirte also denn erst wider die Handlung des unqualificirten Procuratoris, ehe und zu vorn der Constituent, seiner Ratification halben, sich Verbis vel Factis erkläret, auf solchen Fall wäre er mit hernachfolgender Ratification nicht zu hören".

Im VII. Titel § 3 Satz 6 ist dann noch deutlicher formuliert:

"Wenn nun derjenige, an dessen statt sie erschienen, ihre Facta nicht ratihabiret, soll solche Caution dem Gegentheil statt seines Interesses verfallen, sie auch hierüber demselben die verursachte Unkosten zu er-

statten schuldig seyen".

Die Fürstliche Sächsische Altenburgische Gerichts- und Prozeßordnung von 1744 spricht in Cap. IV § 1 von der Genehmigung einzelner Prozeßhandlungen des vollmachtlosen Vertreters durch den Principal. In § VII ist jedoch eindeutig geregelt: "... die Handlungen des unbevollmächtigten Anwalts genehm zu halten".

In Cap. IV § 7 sah die Herzoglich Sachsen Gothaische Gerichts- und Prozeß-Ordnung von 1776 eine entsprechende Regelung vor.

In den neueren Zivilprozeßordnungen ist ebenfalls eine Genehmigung nur der gesamten bisherigen Prozeßführung vorgesehen. So sieht § 84 der Prozeß-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Grossherzogtum Baden von 1832 vor:

"Das Verfahren, wobei einer Partei die Fähigkeit zur gerichtlichen Rechtsverfolgung gemangelt hat, kann von jedem Beteiligten als nichtig angefochten werden, wenn nicht derjenige Teil, dem diese Fähigkeit mangelte, solches nachher selbst oder durch seine Stellvertreter in gültiger Weise ausdrücklich oder stillschweigend billigt".

Die Formulierung des § 138 ist noch eindeutiger:

"Die nachgebrachte Vollmacht wird in Bezug auf alle Handlungen, die der Gewalthaber bis zum Augenblick der Vorlage der Vollmacht vorgenommen, so angesehen, als wenn sie ihm bereits vor dem ersten Auftreten erteilt gewesen wäre, in so fern nicht dieselbe eine andere Bestimmung enthält".

Zwar könnte man vom Wortlaut her an die Zulässigkeit einer Teilbarkeit denken. Sieht man jedoch § 84 im Zusammenhang mit § 138, so ist von einer Genehmigung der ganzen Prozeßführung auszugehen. Die Genehmigung wird im Gegensatz zur Vollmachtserteilung nach Vornahme der einzelnen Prozeßhandlungen erteilt. Aus

der eingeschränkten Vollmacht kann daher nicht auf eine einschränkbare Prozeßführungsgenehmigung geschlossen werden.

Die Allgemeine Bürgerliche Prozeßordnung für das Königreich Hannover von 1847 (ABPO) verlangte für die Wirksamkeit der Prozeßführung eines vollmachtlosen Vertreters in § 33, daß die Partei "seine Handlungen" genehmige. In § 248 Nr. 3 ist formuliert: "... die für ihn vorgenommenen Handlungen später nicht genehmigt hat". Noch deutlicher findet die Unteilbarkeit der bisherigen Prozeßführung ihren Ausdruck in § 248 Nr. 6, der da lautet: "... ihr früheres Verfahren nicht anerkannt hat".

Eindeutig ist auch die Regelung des § 75 der Bürgerlichen Prozeßordnung von 1850 für das Königreich Hannover (BPO), die ausdrücklich eine Genehmigung aller vom vollmachtlosen Prozeßvertreter vorgenommenen Prozeßhandlungen verlangt. Ebenso unmißverständlich ist der Wortlaut des § 431 Nr. 3:

".... die für ihn vorgenommenen Handlungen später nicht genehmigt hat".

Auch der Wortlaut des § 431 Nr. 6: "... ihr früheres Verfahren nicht anerkannt hat", läßt nur eine Genehmigung im ganzen zu.

Die Badische Prozeßordnung von 1864 sah in § 84 die Unteilbarkeit einer Prozeßführungsgenehmigung vor:

"Das Verfahren, wobei einer Partei die Fähigkeit zur gerichtlichen Rechtsverfolgung gemangelt hat, kann von jedem Beteiligten als nichtig angefochten werden, wenn nicht derjenige Theil, dem diese Fähigkeit mangelte, solches nachher selbst oder durch seine Stellvertreter in gültiger Weise ausdrücklich oder stillschweigend billigt".

In den Art. 128, 733 Nr. 2, 5 und 6 sah die Württembergische Prozeßordnung von 1868 ebenfalls vor, daß

die bisherige Prozeßführung nur insgesamt genehmigt werden konnte.¹

Die Unteilbarkeit war auch in der Bayrischen Prozeßordnung von 1869 vorgesehen, wenn in Art. 62 Abs. II ausgeführt ist:

"Ist in der Sache das Endurteil im letzten ordentlichen Rechtszuge erfolgt, so kann die Nichtigkeit nur mehr von den Parteien, und zwar von derjenigen Partei, auf deren Seite der Mangel bestanden, nur so lange, als das Verfahren nicht von ihr nach Hebung des Mangels ausdrücklich oder stillschweigend anerkannt worden ist, von der Gegenpartei ...".

An der Unteilbarkeit einer Prozeßführungsgenehmigung hielten die späteren Entwürfe einer die diversen Prozeßordnungen vereinheitlichenden Zivilprozeßordnung fest.

Während der preußische Entwurf einer Zivilprozeßordnung von 1842 in §§ 136, 151 diese Frage offen ließ, regelten die §§ 106 Nr. 2 und 687 Abs. 5 die Genehmigung der Prozeßführung. Die Unteilbarkeit ergibt sich deutlicher noch aus § 686 Nr. 2, wo von einer Genehmigung der nicht gehörigen Vertretung die Rede ist. In den Begründungen hierzu findet sich jedoch zu der Frage der Teilbarkeit keine Stellungnahme.²

Im Entwurf einer Allgemeinen Zivilprozeßordnung für die Deutschen Bundesstaaten von 1866 lautet § 107:

"Wird eine ordnungsgemäße Vollmacht nachgebracht, so sind auch die vom Bevollmächtigten bereits vorgenommenen Handlungen als genehmigt anzusehen, sofern nicht aus dem Inhalte der Vollmacht das Gegentheil sich ergibt".

1 vgl. die Erläuterungen bei Fecht, CPD des Königreichs Württemberg Bd. 1, S. 231f zu Art. 128 und Bd. 2, S. 562 zu § 733 Nr. 5 und 6.

2 vgl. die Motive zu § 106 Nr. 2, S. 31.

Da jedoch nach § 99 die Vollmachtserteilung beschränkbar war, ist § 107 dahingehend zu verstehen, daß bei Vorlage einer eingeschränkten Vollmacht, die bereits vor der Vornahme der Prozeßhandlungen erteilt war und Einschränkungen enthielt, nur die von dieser Vollmacht erfaßten Prozeßhandlungen wirksam sind. Denn § 109 sieht eine Genehmigungsmöglichkeit nur der gesamten Prozeßhandlungen vor, die ohne eine existierende Bevollmächtigung vorgenommen wurden.¹

§ 109 lautet:

"Hat jemand, ohne Bevollmächtigter einer Partei zu sein, als solcher für sie gehandelt, so sind diese Handlungen, wenn sie nicht von der Partei anerkannt worden sind, nichtig".

Der Entwurf einer CPO für den Norddeutschen Bund von 1870 spricht in den §§ 141, 142, 146 und 878 lediglich von einer Genehmigung der Prozeßführung. Jedoch regelt § 143 ebenso wie § 107 des Entwurfes für den Norddeutschen Bund die spätere Beibringung der ursprünglichen Vollmacht, die bestimmte Prozeßhandlungen hiervon ausnimmt, die also nicht genehmigt werden.² Eine entsprechende Regelung sah auch Art. 53 i.V.m. Art. 50 § 3 des Gesetzes betreffend den bürgerlichen Prozeß für das Herzogthum Oldenburg vom 2.11.1857 vor.

Der Preußische Justizministerial-Entwurf von 1871, letzter Vorläufer der ZPO von 1877, sah in §§ 83 Abs. 2, 462 Nr. 5, 492 Nr. 2 und 777 Nr. 3 lediglich eine Genehmigung der Prozeßführung vor. Man hat daher auch bei diesem Entwurf von einer Unteilbarkeit der bisherigen Prozeßführung auszugehen.³

1 vgl. auch S. 71f. dieser Arbeit.

2 Zwar läßt sich in diesen Fällen anführen, daß die Teilbarkeit der Prozeßführung durch eine nachträglich ausgestellte Vollmacht, die gewisse unliebsame Prozeßhandlungen hiervon ausnahm, erreicht werden konnte.

3 vgl. auch die Motive hierzu, abgedruckt bei Dahlmann Bd. 2, S. 540 und 645f; im übrigen entspricht dieser Wortlaut dem der ZPO von 1877.

Die historische Entwicklung der Prozeßführungsgenehmigung vermag daher ebenfalls deren Teilbarkeit nicht zu begründen.

c) Die Abänderung der restitutio in integrum durch die ZPO

Wenn die historische Auslegung der Vorschriften über die Prozeßführungsgenehmigung deren Teilbarkeit nicht begründen konnte, so könnten möglicherweise andere Entscheidungen des historischen Gesetzgebers Rückschlüsse auf diese Frage ermöglichen.

In älteren Prozeßordnungen war das sog. Institut der restitutio in integrum vorgesehen.¹ Diese prozessuale Restitution war die aus dem römischen Recht stammende prätorische Restitution gegen Nachteile, die im Prozeß entstanden.² Hierbei wurden zwei Möglichkeiten unterschieden: Der hier nicht weiter interessierende subsidiäre Rechtsbehelf gegen richterliche Prozeßhandlungen und derjenige gegen die eigenen Prozeßhandlungen der Partei oder deren Vertreter. Der neben der Verletzung der Parteirechte noch erforderliche besondere Restitutionsgrund konnte in der Minderjährigkeit (Prozeßunfähigkeit) der Partei oder auch in der Nachlässigkeit oder dolus des Prozeßvertreters liegen.³ Durch diese restitutio in integrum, die eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bedeutete, konnte der zur Prozeß-

1 vgl. etwa § 148 der Badischen Prozeßordnung von 1864; Art. 426 der Bürgerlichen Prozeß Ordnung für das Königreich Westphalen 1810; Cap. 16 § 1 der Bayrischen Kodifikation des Zivil- und Strafprozeßrechts 1751/1771.

2 so auch Renaud, Lehrbuch des Gemeinen deutschen Civilprozessrechts, S. 601 und S. 612; Wetzell, System des ordentlichen Civilprozesses, S. 674; Arens, Willensmängel bei Partei-handlungen im Zivilprozeß, S. 26; vgl. auch Wetzell, S. 685ff, 689; Endemann, Das deutsche Zivilprozeßrecht, S. 424.

3 siehe hierzu Renaud, S. 612; Wetzell, S. 689.

führung Berechtigte im Ergebnis eine teilbare Prozeßführungsgenehmigung vornehmen. Er konnte den betroffenen Teil der Prozeßführung so wiederholen, daß nur ein bestimmter Teil des bisherigen Tatsachenvortrages in den Prozeß eingeführt wurde. Ein bereits abgelegtes Geständnis konnte nunmehr modifiziert wiederholt werden.

Diese Regelung der *restitutio in integrum* des gemeinen Rechts ist in die Regeln über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in den §§ 233ff der ZPO gerade nicht übernommen worden. Eine Wiedereinsetzung wird lediglich noch gegen die Versäumung von Notfristen und der Fristen zur Begründung der Berufung oder Revision und Beschwerde gewährt. Als Wiedereinsetzungsgrund kommt nur noch die schuldlose Fristversäumung in Betracht.

In der Nichtübernahme der *restitutio in integrum* in das Gesetzeswerk der ZPO könnte die Entscheidung des Gesetzgebers zu sehen sein, bei der Prozeßführung eines Prozeßunfähigen oder vollmachtlosen Vertreters eine Genehmigung nur eines Teils der bisherigen Prozeßführung nicht zulassen zu wollen.

Dieser Deutung widerspricht, daß bei vollmachtloser Prozeßführung gerade die *restitutio in integrum* keine Anwendung fand.¹ Vielmehr sollte ein Tatsachenirrtum des im Prozeß Handelnden korrigiert werden können.² Daher war die Prozeßführungsgenehmigung als Ratification oder Ratihabition unabhängig von einer *restitutio in integrum* als eigenes Institut vorgesehen.³ Hieraus folgt bereits für die Behandlung der Prozeßführung des

1 vgl. z.B. Cap. VII § 7 der Bayr. Kodifikation von 1751/1771; §§ 84 und 148 der Badischen Prozeßordnung von 1864.

2 so auch Renaud, S. 612 und S. 625; Wetzell, S. 685ff (689).

3 so etwa die Badische Prozeßordnung von 1864 in §§ 84 und 148; siehe auch Art. 287 und Art. 426 der Bürgerlichen Prozeß-Ordnung für Westphalen von 1810.

vollmachtlosen Prozeßvertreter einen erheblicher Unterschied, so daß für diese Fälle ein gesetzgeberischer Wille, durch Abänderung der restitutio in integrum die Unteilbarkeit einer Genehmigung solcher Prozeßführung festlegen zu wollen, nicht festgestellt werden kann.

Für die Fälle der Prozeßführung eines Prozeßunfähigen wird deren Genehmigung in der ZPO der Genehmigung einer vollmachtlosen Prozeßführung gleichgestellt.¹ Auch die Begründungen zur ZPO von 1877 enthalten hier keine Differenzierungen.²

Daher ist in der Nichtübernahme der restitutio in integrum in die ZPO keine gesetzgeberische Entscheidung in der Weise zu sehen, eine Teilbarkeit der Prozeßführungsgenehmigung auf jeden Fall ausschließen zu wollen.

Daher soll im folgenden der Sinn und Zweck der Vorschriften über die Prozeßführungsgenehmigung im einzelnen näher untersucht werden. Möglicherweise ergibt sich daraus die Zulässigkeit einer Teilbarkeit der bisherigen Prozeßführung.

4. Teleologische Auslegung der Genehmigungsvorschriften

Der letzte Schritt einer Auslegung ist die objektiv teleologische Auslegung. Daher soll im folgenden mit Hilfe der sog. teleologischen Auslegung der Sinn und Zweck der Prozeßführungsgenehmigung dargestellt werden. Die

1 vgl. den Wortlaut der §§ 551 Nr. 5, 579 Nr. 4 und 1041 Abs. 1 Nr. 3 ZPO; siehe auch die Kommentierung bei Thomas/Putzo zu § 551 Anm. 2 Nr. 5; im Ergebnis auch Wieczorek § 551 Anm. V a 2; Stein/Jonas/Pohle § 551 Anm. 5; Seuffert/Walsmann § 551 Anm. 6.

2 so Hahn, S. 369f, 380 und 496; dies gilt auch für die Beratungen der Kommission; vgl. Hahn, S. 550, 743 und 887.

teleologische Auslegung fragt nach der Ratio, dem Grundgedanken oder Sinn einer gesetzlichen Vorschrift.¹ Diese Art der Auslegung wird heute als die maßgebliche angesehen.² Gerade im Prozeßrecht bietet sich diese Auslegungsmöglichkeit an. Ziel und Zweck des Prozeßrechts ist es, die Prozesse schnell und möglichst gerecht zu entscheiden. Daher ist das Prozeßrecht nicht Selbstzweck. Der teleologischen Auslegung kommt gerade für die Auslegung von prozeßrechtlichen Vorschriften eine große Bedeutung zu.

Die Frage nach der Teilbarkeit einer Prozeßführungsge-
nehmigung könnte man bereits dadurch zu beantworten
versuchen, daß bei Zulässigkeit einer Genehmigung der
ganzen bisherigen Prozeßführung erst recht die Genehmi-
gung nur eines Teiles zulässig sein soll.

Der erst-recht-Schluß ist zwar allgemein anerkannt.³
Da er jedoch letztlich seine Rechtfertigung nicht in
der reinen Logik, sondern in den Forderungen der Ge-
rechtigkeit findet, ist jeweils eine genauere Prüfung
erforderlich.⁴ Dabei müssen die Sachzusammenhänge und
Hintergründe der gesamten Rechtsordnung berücksichtigt
werden.⁵ Eine rein logische Schlußfolgerung in Form
des erst-recht-Schlusses darf daher nicht auf Kosten
der Interessenwertung erfolgen. Somit ist dieser erst-
recht-Schluß, in dem von einer zulässigen Genehmigung
des Ganzen auf eine teilweise Genehmigung geschlossen
wird, nicht hilfreich. Vielmehr ist zunächst die Ratio
der gesetzlichen Vorschriften festzustellen.

1 so auch Engisch, S. 74; Larenz, S. 319.

2 vgl. Canaris, Feststellung von Lücken im Gesetz,
S. 19; Engisch, S. 74.

3 so etwa BGHZ 6, 270/290; Larenz, S. 375; Canaris,
S. 78.

4 siehe Larenz, S. 376; Canaris, S. 78.

5 so auch Nawiasky, S. 148; Klug, Juristische Logik,
S. 137f und S. 142.

Das Ziel der folgenden Auslegung ist es, die Zulässigkeit einer Teilbarkeit der Prozeßführungsgenehmigung unter Berücksichtigung der Interessenlagen aller Beteiligten, der gesetzlichen Maßstäbe und Wertungen zu begründen. Dazu ist zunächst die den Genehmigungsvorschriften zugrundeliegende Interessenlage mit derjenigen Interessenlage zu vergleichen, die eine Teilbarkeit der Prozeßführungsgenehmigung bedingt. Dabei dürfen die den einschlägigen Normen zugrundeliegenden Wertungen dieser Interessenlage nicht entgegenstehen.

Der Prozeßhandlungsbegriff als solcher steht einer Teilbarkeit nicht entgegen. Jede einzelne Prozeßhandlung ist für sich genommen in der Lage, prozessuale Wirkungen hervorzurufen. Eine Prozeßführungsgenehmigung führt zur Beseitigung des der einzelnen Prozeßhandlung anhaftenden Mangels.¹ Jede Prozeßhandlung kann daher ein unterschiedliches Schicksal haben.

a) Der Normzweck der Prozeßführungsgenehmigung und die zugrundeliegende Interessenlage

Es sind verschiedene Gründe, die zur Zulässigkeit einer Genehmigung der bisherigen Prozeßführung geführt haben.

aa) Soweit in einer unbefugten Prozeßführung der Verstoß gegen prozessuale Formen gesehen wird², hält der Gesetzgeber im Rahmen der §§ 89 Abs. 2, 551 Nr. 5, 579 Abs. 1 Nr. 4, 1041 Abs. 1 Nr. 3 ZPO eine Heilung dieses Formverstosses für möglich, obwohl die in einer Prozeßordnung vorgesehenen Formen aus den dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit abgeleiteten Prinzipien der Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit herrühren.³

1 so auch Anton, S. 153.

2 vgl. hierzu S. 11 dieser Arbeit.

3 siehe z.B. OLG Braunschweig, MDR 1957, 426; OLG Frankfurt, NJW 1950, 706; Schönke/Schröder/Niese § 3 II, S. 16.

Verschiedentlich wird ausgeführt, daß die Vornahme von Prozeßhandlungen durch hierzu nicht befugte Personen im konkreten Fall die Ordnung des Verfahrens, das Interesse der Allgemeinheit und das Interesse des Gegners an rascher und zweckdienlicher Entscheidung durch das Gericht nicht oder nur geringfügig verletzen.¹ Da die prozessualen Formen keinen Selbstzweck haben, sondern die Sicherung und Durchsetzung privater Rechte gewährleisten sollen², besteht die Möglichkeit für den Berechtigten, durch eine Verweigerung der Prozeßführungsgenehmigung eine Heilung des Formmangels zu verhindern.³

Die verschiedenen, die prozessualen Formen bestimmenden Gesichtspunkte gründen sich auf die den Zivilprozeß beherrschenden Zweckgedanken. Wenn auch der konkrete Zivilprozeß den Schutz subjektiver privater Rechte des einzelnen bezweckt⁴, dient die Aufrechterhaltung der Privatrechtsordnung keineswegs nur dem Einzelinteresse.⁵ Außerhalb des einzelnen Parteiinteresses und im Interesse der Allgemeinheit liegen die Aufgaben der Bewährung des Rechts und der Herstellung und Erhaltung des Rechtsfriedens.⁶

Dem steht auch nicht die Begründung in den Motiven zum preußischen Justizministerial-Entwurf von 1871 entgegen. Dort ist zu § 83 bemerkt, daß die Genehmigungsmöglich-

1 so auch Lukes, ZZP 69, 146; Güntzel, S. 94.

2 vgl. BGHZ 10, 351/359; 15, 142/144; Blomeyer § 2 IV, S. 11f; Hellwig, System I, § 5 V, S. 14; Hahn, S. 186; Bülow, Die neue Prozeßrechtswissenschaft und das System des Civilprozeßrechts, ZZP 27, 201/221.

3 so auch Baur, Richtermacht und Formalismus im Verfahrensrecht, Summum ius, summa iniuria, S. 97/98; Güntzel, S. 175.

4 vgl. Blomeyer § 1 I 4, S. 2; Stein/Jonas/Pohle Einl. C I.

5 so Blomeyer § 1 I 4, S. 2; Nikisch § 1 II, S. 2f.

6 im Ergebnis auch Anton, S. 34; Stein/Jonas/Pohle § 56 Anm. I 3; Wieczorek § 56 Anm. B III b 4.

keit die nachträgliche Anfechtung der bisherigen Prozeßhandlungen ausschließen soll.¹ Überwiegend wird eine Anfechtung von Prozeßhandlungen wegen eines Willensmangels für unzulässig gehalten.²

Die rückwirkende Nichtigkeit einer Prozeßhandlung gefährdet das gesamte bisherige Verfahren. Bei der hier zu untersuchenden Frage besteht hierzu ein erheblicher Unterschied. Die bisherigen Prozeßhandlungen, die genehmigt werden können, sind schwebend unwirksam. Einer Anfechtung bedarf es nicht.

Somit soll der zur Genehmigung der unwirksamen Prozeßführung Berechtigte entscheiden können, ob er eine derartige Genehmigung ausspricht oder nicht und damit die Prozeßhandlung gelten lassen will oder nicht.

bb) Die Zulassung einer Genehmigung der bisherigen Prozeßführung beruht weiter auf prozeßökonomischen Erwägungen. Bestünde eine derartige Genehmigungsmöglichkeit nicht, wäre die betroffene Partei gezwungen, einen neuen Prozeß anzustrengen und zwar bei vollmachtloser Stellvertretung durch einen Dritten oder selbst nach Erwerb der Prozeßfähigkeit. Bei fortbestehender Prozeßunfähigkeit hätte der gesetzliche Vertreter einen neuen Rechtsstreit zu führen. Dadurch würde jedoch weder das Postulat des Rechtsfriedens erfüllt, noch einer Überbeanspruchung der Gerichte vorgebeugt. Die Entstehung weiterer Kosten wäre nicht zu verhindern. Durch die Zulassung einer Prozeßführungsgenehmigung werden diese Nachteile vermieden, indem nach Erteilung einer Prozeßführungsgenehmigung das Verfahren fortgesetzt werden kann.

cc) Die Einzelfallgerechtigkeit verlangt vielfach die Heilung der Verfahrensfehler, damit die Durchsetzung

1 siehe bei Dahlmann, Bd. II, S. 540.

2 BGH, NJW 1963, 957; BGH, NJW 1968, 2263.

des materiellen Rechts möglichst wenig an Verfahrensfragen scheitert.¹ Wäre eine Prozeßführungsgenehmigung nicht möglich, müßte, wie bereits dargestellt, ein neues Verfahren angestrengt werden. Eine etwa zwischenzeitlich eingetretene Verjährung könnte durch die Einleitung eines neuen selbständigen Verfahrens nicht mehr verhindert werden. Das ursprüngliche Verfahren wäre beendet und könnte somit nicht zu einer Unterbrechung der Verjährung führen.

dd) Eine Genehmigung der Prozeßführung wird auch deshalb für erforderlich gehalten, weil in die Rechte der eigentlichen Partei oder des gesetzlichen Vertreters eingegriffen wurde.² Zur Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes, der die Prozeßführung durch den hierzu Berechtigten vorsieht, wird dessen Genehmigung erforderlich. Nur der zur Prozeßführung Berechtigte kann daher die ihn betreffenden Nachteile heilen.

ee) Durch die Genehmigungsmöglichkeit werden darüber hinaus sowohl der Prozeßunfähige vor eventuellen nachteiligen Prozeßhandlungen als auch die im Rechtsstreit durch einen vollmachtlosen Vertreter vertretene Partei geschützt.³ In beiden Fällen ist der zur Prozeßführung Berechtigte tatsächlich am Verfahren nicht beteiligt gewesen. Er hatte keinerlei Möglichkeit, auf die Prozeßführung Einfluß zu nehmen.

Hinsichtlich eines Prozeßunfähigen äußert sich hierdurch ein der gesamten Rechtsordnung zugrundeliegender Schutzgedanke. Der Prozeßunfähige soll vor eigenen, ihn benachteiligenden Prozeßhandlungen geschützt werden. Auch für den durch einen vollmachtlosen Vertreter

1 vgl. RGZ 105, 422/427; 150, 357/363; BGH, NJW 1960, 1948; so auch schon Hellwig, System I, § 5 IV, S. 14.

2 siehe hierzu schon S. 11f. dieser Arbeit.

3 so auch Wieser, Das Rechtsschutzinteresse des Klägers im Zivilprozeß, S. 29.

Vertretenen stellt die Genehmigungsmöglichkeit einen Schutz dar. Hierbei handelt es sich um einen allgemeinen Rechtsgedanken, wie § 177 Abs. 1 BGB zeigt. Der Vertretene soll nicht an eine Prozeßführung gebunden werden, an der er zu keiner Zeit beteiligt war und von der er unter Umständen auch keine Kenntnis hat. Dieser allgemeine Gedanke äußert sich auch in den §§ 72f ZPO. Da sich letztlich niemand davor schützen kann, daß ein Dritter als Vertreter ohne Bevollmächtigung für ihn auftritt, soll der Vertretene an die Prozeßhandlungen des vollmachtlosen Vertreters nicht gegen seinen Willen gebunden werden.

Durch die Schaffung einer Genehmigungsmöglichkeit der bisherigen Prozeßführung hat der Gesetzgeber gleichzeitig eine Abwägung der verschiedenen Interessen aller hierdurch Betroffenen vorgenommen.

Durch die Möglichkeit einer Genehmigungsverweigerung wird das Vertrauen des Gegners auf den Fortbestand einer bestimmten Prozeßlage ebenso wenig geschützt wie bei einer unheilbaren Nichtigkeit der bisherigen Prozeßführung. Der Gegner kann nicht darauf vertrauen, auf einer bestimmten, für ihn günstigen Grundlage weitere Prozeßhandlungen vornehmen zu können. Vielmehr hat er bei Genehmigungsverweigerung mit einem neuen Rechtsstreit zu rechnen, in dem ein bisheriges Geständnis oder Anerkenntnis seines Kontrahenten nicht wiederholt wird. Der bisherige Rechtsstreit, der im Falle einer Genehmigungsverweigerung mit einem Prozeßurteil endet, erlangt hinsichtlich der dort vorgetragenen Tatsachen keine Rechtskraft und keine Bindungswirkung.¹ Daher kann der nach einer Genehmigungsverweigerung eingeleitete weitere Rechtsstreit für den Gegner nachteilige Folgen haben. Dies kann insbeson-

¹ so auch RG, JW 1906, 690 Nr. 12; RG, JW 1917, 295 Nr. 18; RGZ 75, 265; 123, 364; vgl. auch schon Wach, S. 596; Jauernig § 63 III 1, S. 200.

dere eintreten, wenn ihm Beweismittel verlorengegangen sind, die er im Vertrauen auf das Bestehen des ursprünglichen Verfahrens dort nicht vorgebracht hatte. Erst im weiteren Rechtsstreit zeigt sich die Erforderlichkeit dieses Beweismittels infolge des nunmehr bestrittenen Sachvortrages. Der Gegner wird demnach nicht vor einer erneuten Inanspruchnahme geschützt, wenn das Gericht eine Klage wegen Unzulässigkeit abweisen muß. Die Zulässigkeitsfrage kann daher nicht offenbleiben.¹

Für den Gegner entsteht andererseits bei Verweigerung der Prozeßführungsgenehmigung in dem neu einzuleitenden Rechtsstreit die Möglichkeit, seine bisherige ungünstige Prozeßführung korrigiert zu wiederholen.

Auch eine weitere Arbeitsbelastung des Gerichts durch die Eröffnung eines neuen Rechtsstreits nimmt der Gesetzgeber in Kauf. Durch eine geänderte Prozeßtaktik kann nunmehr in diesem neuen Rechtsstreit eine wesentlich umfangreichere Beweisaufnahme notwendig werden, wenn etwa ein Geständnis oder Anerkenntnis in diesem neuen Verfahren nicht mehr abgegeben wird.

Ferner hat das Gericht sein Fallverständnis bereits frühzeitig aufzudecken und seine Entscheidungsgründe bereits während des Verfahrens offenzulegen, indem es ein Rechtsgespräch führt.² Das Gericht muß dann jedoch im Verlauf des Rechtsstreits damit rechnen, daß eine Partei ihren Sachvortrag ändert oder ergänzt, wodurch eine veränderte Entscheidungsgrundlage vorliegt. Das Gericht kann somit nicht darauf vertrauen, daß diese Entscheidungsgrundlage während des gesamten Rechtsstreits unverändert fortbesteht. Der Gesetzgeber sieht

1 vgl. BGH, LM Nr. 9 zu § 210 BEG 1956; BAG, AP Nr. 2 zu § 275; Jauernig § 33 V 4, S. 102; Wieser, Zulässigkeit und Begründung der Klage, ZJP 84, 304.

2 siehe hierzu Pawlowski, Aufgabe des Zivilprozesses, ZJP 80, 345/388; Schmidt, S. 23.

die bisherige Prozeßführung nicht als unabänderliche Urteilsgrundlage an.¹

b) Die Interessen der Beteiligten an einer Teilbarkeit der Prozeßführungsgenehmigung

Nachdem der Sinn und Zweck der Vorschriften über die Prozeßführungsgenehmigung dargestellt worden ist, soll im folgenden auf die Interessenlage der Beteiligten an einer Teilbarkeit der Prozeßführungsgenehmigung näher eingegangen werden, um dann zu prüfen, ob diese Interessen mit dem Normzweck der Vorschriften über die Prozeßführungsgenehmigung vereinbar sind.

aa) Das Hauptinteresse an einer Teilbarkeit der Prozeßführungsgenehmigung hat der zur Genehmigung Aufgerufene. Er konnte auf den bisherigen Verlauf des Rechtsstreites keinerlei Einfluß nehmen. Deshalb kann die prozessuale Situation, in der er jetzt in das Prozeßgeschehen eingreifen kann, seinen Interessen bereits zuwider gelaufen sein. Im Fall der vollmachtlosen Vertretung etwa vermag der vollmachtlose Vertreter nicht immer die beabsichtigte Prozeßtaktik der Partei zu kennen. So besteht z.B. die Gefahr, daß er einen Teil des Anspruchs etwa infolge Unkenntnis einer Aufrechnungslage anerkennt. Sind ihm gewisse Beweismittel unbekannt, wird er möglicherweise Tatsachenbehauptungen des Gegners nicht bestritten haben.

Auch der Prozeßunfähige wird aufgrund seiner Unkenntnis oder seines mangelnden Überblickes seine bisherige Prozeßführung nicht immer für ihn vorteilhaft gestaltet haben.

1 so Baumgärtel, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß, S. 105, der darin den einzigen Zweck einer Genehmigung sieht.

Allen Fällen ist die Möglichkeit einer Korrektur der bisherigen, für den Berechtigten ungünstigen Prozeßführung gemein, wenn man eine teilweise Genehmigung der Prozeßführung zuläßt.

bb) Will der zur Genehmigung Berechtigte den bislang für ihn ungünstig geführten Rechtsstreit nicht weiter geführt wissen und deshalb die Genehmigung verweigern, hat er kostenrechtliche Nachteile in Kauf zu nehmen. Dies kann bei einem hohen Streitwert besonders belastend sein.¹ Ein dann zwangsläufig einzuleitender neuer Rechtsstreit ist mit weiteren Kosten und Mühen verbunden.

cc) Zwar besteht zur Erteilung der Genehmigung wegen ihres Schutzgedankens keinerlei Verpflichtung.² Jedoch kann deren Erteilung zur Vermeidung von Nachteilen geboten sein. Die Klageerhebung etwa eines hierzu nicht Bevollmächtigten oder eines Prozeßunfähigen hat eine Fristwahrung nach § 209 BGB zur Folge, wenn die Klageerhebung nachträglich genehmigt wird.³ Die Klageerhebung eines Prozeßunfähigen unterbricht ebenfalls nach deren Genehmigung die Verjährung.⁴

Es könnten jedoch erhebliche Nachteile eintreten, wenn die Genehmigung mit Rücksicht auf eine überwiegend nachteilige bisherige Prozeßführung verweigert werden müßte und einer neuen Klageerhebung nunmehr etwa die Einrede der Verjährung entgegenstehen würde.⁵

1 Etwas anderes gilt hier jedoch für den vollmachtlosen Vertreter, der analog § 179 BGB die Kosten tragen soll. Diese Frage ist umstritten. Vgl. hierzu Förster/Kann § 56 Anm. 4 a, S. 203; Wach I, S. 603f; vgl. hierzu auch Jauernig § 20 IV f, S. 52.

2 so auch RG, Warn Rspr. 1938 Nr. 131; RG, JW 1938, 2366; Grundmann, S. 79.

3 so BGH, LM Nr. 10 zu § 209; RGZ 86, 245f.

4 vgl. hierzu BGH, LM TelegrWegeG Nr. 3/4; vgl. auch Schöнке/Kuchinke § 28 IV, S. 128.

5 vgl. hierzu Münchener Kommentar/Feldmann § 212 Rdn. 14; OLG Nürnberg, NJW 1965, 588f.

Hier ist § 212 Abs. 2 BGB nicht analog anwendbar, da es sich um eine gesetzliche Ausschußfrist handelt. Daher wäre die Verjährungseinrede begründet. Der Berechtigte wäre in diesen Fällen gezwungen, eine ungünstige Prozeßführung zu genehmigen, um noch größere Nachteile zu vermeiden. Aus dieser Schwierigkeit kann eine teilbare Prozeßführungsgenehmigung heraushelfen.

Der zur Genehmigungserteilung Aufgerufene sieht sich in einer gewissen Zwangslage gegenüber dem von ihm vertretenen Prozeßunfähigen. Zwar hat dieser keinen Anspruch auf Erteilung der Prozeßführungsgenehmigung. Sie kann, abgesehen von einer Gefährdung des Kindeswohls im Sinne des § 1666 BGB, auch nicht durch eine vormundschaftliche Genehmigung ersetzt werden. Es besteht jedoch ein Schadensersatzanspruch, wenn die Verweigerung einer Prozeßführungsgenehmigung sich im Nachhinein gem. §§ 1664, 1833 BGB als schuldhaftes Pflichtverletzung erweist.¹ Dieses Risiko für den gesetzlichen Vertreter würde eine beschränkbare Genehmigung beseitigen.²

Wenn eine zulässige Klage wegen der Genehmigungsverweigerung abgewiesen wird, hätte dies auch weitere, materiell-rechtliche Nachteile zur Folge. So würden die Stichtage der §§ 291, 292 und 987 BGB entfallen. Hinsichtlich einer Verjährungsunterbrechung ist § 212 Abs. 2 BGB einschlägig, so daß eine Klageabweisung wegen Unzulässigkeit nicht die Verjährung des verfolgten Anspruches begründen kann.

dd) Auch das Gericht wird ein Interesse daran haben, den anhängigen Rechtsstreit weiter fortführen zu können. Bei einer Genehmigungsverweigerung ist davon auszugehen, daß ein neuer, das Gericht zusätzlich belastender

1 so auch OLG Kiel, OLGE 22, 126; Staudinger/Coing § 108 Rdn. 2; Münchener Kommentar/Gitter § 108 Rdn. 13.

2 vgl. auch Hahn, Motive zur ZPO, § 50, S. 167, wo in beschränktem Umfang Prozeßhandlungen eines Prozeßunfähigen zugelassen werden zur Vermeidung von Nachteilen, wenn der gesetzliche Vertreter etwa verhindert ist.

Rechtsstreit anhängig gemacht wird. Wie bereits dargestellt, hat das Gericht keine Möglichkeit, Teile des bisherigen Rechtsstreites in dem dann anhängigen Verfahren zu berücksichtigen. Bei einer teilweisen Genehmigung der bisherigen Prozeßführung kann das Gericht auf der Basis des genehmigten Teils der bisherigen Prozeßführung das Verfahren fortsetzen.

ee) Der Gegner wird ein Interesse an einer teilbaren Prozeßführungsgenehmigung nur dann haben, wenn dies für ihn vorteilhaft ist. Werden nur die für den Genehmigenden günstigen Prozeßhandlungen genehmigt, wird der Gegner hieran verständlicherweise kein Interesse haben. Andererseits ist der Gegner nicht daran interessiert, daß eine Genehmigung der bisherigen Prozeßführung verweigert und ein neuer Rechtsstreit, der wiederum Kosten, einen erheblichen Zeitaufwand und Mühe erfordert, angestrengt wird.

Somit können alle am Rechtsstreit Beteiligten ein wenn auch unterschiedlich starkes Interesse an einer Zulassung einer teilbaren Prozeßführungsgenehmigung haben.

c) Vereinbarkeit dieser Interessenlage mit dem Normzweck

Im Wege der teleologischen Auslegung kann die Zulässigkeit einer teilbaren Prozeßführungsgenehmigung nur dann begründet werden, wenn die hieran bestehenden Interessen sich mit dem Normzweck der Vorschriften über die Prozeßführungsgenehmigung vereinbaren lassen.

aa) Wenn nach den vorstehenden Ausführungen die Prozeßführungsgenehmigung einen Formverstoß heilen soll, tritt eine derartige Heilung unabhängig davon ein, ob die gesamte bisherige Prozeßführung oder nur ein Teil derselben genehmigt wird. Auch wenn die Prozeßführung insgesamt genehmigt wird, werden nur (einzelne) unwirksame Prozeßhandlungen geheilt. Der Berechtigte bestimmt durch den Umfang seiner Genehmigungserklärung, inwie-

weit die bisherige Prozeßführung weitergelten soll. Durch seine Genehmigung heilt er die ihn bis dahin treffenden Nachteile, wobei er den Umfang der Heilung selbst bestimmt.

bb) Soweit die Prozeßführungsgenehmigung prozeßökonomischen Erwägungen dient, werden diese durch die Zulassung einer teilbaren Genehmigung nicht beeinträchtigt. In den Fällen eines bislang ungünstigen Verlaufs des Rechtsstreites wird der Berechtigte eher geneigt sein, die Genehmigung insgesamt zu verweigern, als bei Nichtzulassung der Genehmigung Nachteile in Kauf zu nehmen. Diesem, der Prozeßförderungspflicht nicht gerade dienlichen Verhalten könnte eine teilbare Prozeßführungsgenehmigung entgegenwirken. Die Genehmigungsverweigerung führt ihrerseits zu einer weiteren Klage, womit aus prozeßökonomischer Sicht nichts gewonnen wäre. Eine weitere Beanspruchung der Gerichte könnte nicht verhindert werden. Dies wiederum führt zu einer Verzögerung anderer Rechtsstreite. Bei Zulassung einer teilbaren Genehmigung der bisherigen Prozeßführung ist mit einer gänzlichen Verweigerung der Genehmigung nicht mehr zu rechnen. Der Rechtsfrieden könnte dann wesentlich frühzeitiger hergestellt werden.

Durch eine eingeschränkte Prozeßführungsgenehmigung ginge ferner die Urteilsgrundlage nicht verloren. Davon könnte man lediglich bei einer völligen Genehmigungsverweigerung ausgehen, die der Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehen hat. Wird aber ein Teil des bisherigen Rechtsstreits infolge der Genehmigung weiter aufrechterhalten, liegt eine modifizierte Urteilsgrundlage zugrunde. Der bisherige Rechtsstreit wird damit nur zum Teil überflüssig.

cc) Die Verwirklichung der Einzelfallgerechtigkeit wird durch eine teilbare Prozeßführungsgenehmigung ebenfalls nicht verhindert. Durch eine uneinschränkbare Genehmigung der Prozeßführung müßte der Berechtigte Nachteile

in Kauf nehmen, obwohl er dazu keinerlei Veranlassung gegeben hatte. Er müßte sich ein Verhalten zurechnen lassen, auf das er keine Einflußmöglichkeit hatte. Demgegenüber könnte der Gegner durch die Unwissenheit seines Gegenübers nicht unerhebliche Vorteile erlangen, wenn etwa der falsus procurator oder der Prozeß-unfähige infolge Unkenntnis des tatsächlichen Sachverhaltes eine Aufrechnungsmöglichkeit übersieht und ein Teilanerkennntnis abgibt. Der Gegner hat jedoch keinen Anspruch darauf, daß sein Gegenüber oder dessen Vertreter unwissend sind und in dieser Unwissenheit gehalten werden.¹ Dieser Gesichtspunkt, der dem Prinzip der Chancengleichheit im Zivilprozeß entspringt, will den Unwissenden schützen.²

Die Parteien eines Rechtsstreits handeln nicht ausschließlich innerhalb einer Privatangelegenheit, wie noch das liberale Verständnis eines Prozesses meinte. Es geht vielmehr um das allgemeine Interesse der Gemeinschaft aller an einer richtigen Rechtspflege.³

dd) Wenn durch die vom Gesetzgeber zugelassene Genehmigung der Prozeßführung ein Eingriff in die Befugnisse des gesetzlichen Vertreters oder einer durch einen vollmachtlosen Vertreter vertretenen Partei zur eigenen Prozeßführung geheilt werden soll, widerspricht dies ebenfalls nicht einer Teilbarkeit der Prozeßführung. Durch die teilweise Heilung kann der Berechtigte so gestellt werden, wie er ohne den vorhergehenden Eingriff einer unberechtigten Prozeßführung dagestanden hätte, wenn er also selbst den Rechtsstreit von Beginn an geführt hätte. Aufgrund seiner umfassenden

1 so auch Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, S. 175; Langer, Rechtsuchender und Richter in Oesterreich, JZ 1977, 376f.

2 vgl. Blomeyer § 15 2, S. 71f; auch Bötticher, Die Gleichheit vor dem Richter, S. 9.

3 so auch de Boor, Auflockerung im Zivilprozeß, S. 39f.

Kenntnis des Tatsachenstoffes oder im Fall der gesetzlichen Vertretung seines größeren Überblicks über die Auswirkungen einzelner Prozeßhandlungen hätte der Berechtigte den Rechtsstreit so geführt, wie er sich nunmehr nach einer teilweisen Genehmigung der Prozeßführung darstellt. Insoweit könnte er jetzt ohne jeden prozessualen Nachteil den Rechtsstreit fortführen.¹

ee) Der den Genehmigungsvorschriften zugrundeliegende Schutzgedanke wird durch eine teilbare Genehmigung zumindest ebenso erreicht, wie durch eine nur eingeschränkte Erteilung oder deren gesamte Verweigerung. Wenn eine Prozeßführungsgenehmigung vielfach nur zur Vermeidung größerer Nachteile erteilt wird², und dabei erhebliche Nachteile der bisherigen Prozeßführung in Kauf genommen werden müssen, stellt eine eingeschränkte Genehmigung eine effektivere Verwirklichung des Schutzgedankens dar. Die Berechtigten werden in vollem Umfang vor einer nachteiligen Prozeßführung Dritter, die zum überwiegenden Teil aus Unkenntnis des Sachverhalts resultieren mag, geschützt. Durch eine nur teilweise Genehmigung der bisherigen Prozeßführung wird die Lage wiederhergestellt, die bestanden hätte, wenn der Berechtigte mit seiner Sachverhaltskenntnis den Prozeß hätte beginnen können. Die Ungleichheit der Parteien hinsichtlich einer geschickten und sachgemäßen Prozeßführung, wie sie vom Liberalismus in Kauf genommen wurde (*laissez faire laissez aller*)³, soll heute ausgeglichen werden.⁴ Daher würde der Gegner bei einer Geneh-

1 vgl. hierzu in neuerer Zeit BGH, NJW 1982, 282f; dort wurde die Bindungswirkung einer Streitverkündung nach §§ 74, 68 ZPO für den Fall verneint, daß der Streitverkündete auf den Vorprozeß keinen Einfluß nehmen konnte.

2 vgl. hierzu Schönke/Kuchinke § 28 IV, S. 128.

3 vgl. Goldschmidt, S. 252, 283; Bülow, AcP 62, 1/88; Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis, S. 11.

4 so Wassermann, S. 89f; Kisch, Judicium I, 1/31f; siehe auch den Entwurf einer ZPO 1931, S. 255f; Brügge-mann, Judex statutor und judex investigator, S. 53f und 175f; BGH, NJW 1959, 55.

migung der gesamten nachteiligen Prozeßführung durch dieses Ungleichgewicht Vorteile erlangen, die mit einer Einzelfallgerechtigkeit nicht mehr in Einklang zu bringen sind. Diesem Postulat würde aber die Zulassung einer teilbaren Prozeßführungsgenehmigung gerade entgegenkommen.

ff) Wie bereits dargestellt, werden bei Zulassung einer teilbaren Prozeßführungsgenehmigung die Interessen des Gegners am stärksten tangiert. Daher muß geprüft werden, ob eine teilbare Prozeßführungsgenehmigung den Prozeßgegner in unzulässiger Weise benachteiligt.

Für den Gegner stellt sich die Frage bei einer Teilbarkeit der Prozeßführungsgenehmigung, ob er eine Genehmigung ausschließlich der für seinen Widerpart günstigen Teile der bisherigen Prozeßführung hinnehmen muß. Dem ist bereits entgegenzuhalten, daß der Gegner keinen Nutzen aus der unzulässigen Prozeßführung eines Prozeßunfähigen oder eines vollmachtlosen Vertreters ziehen darf. Hätte der Genehmigende den Rechtsstreit von Beginn an selbst geführt, wäre ihm seine größere Sachkenntnis bzw. sein größerer Überblick über die Auswirkung einzelner Prozeßhandlungen zugute gekommen. Der Gegner hätte sich mit einer derartigen Führung des Rechtsstreits konfrontiert gesehen, wie er sich nunmehr nach einer teilweisen Genehmigung der bisherigen Prozeßführung für ihn darstellt.

Es muß weiter berücksichtigt werden, daß durch die bisherige Prozeßführung in die Rechte der unrichtig vertretenen Partei bzw. des gesetzlichen Vertreters eingegriffen wurde. Hierfür sieht die Rechtsordnung eben einen umfangreichen Schutz vor.¹ Dies ist wiederum mit Nachteilen für den Gegner verbunden.

Das Vertrauen des Gegners auf den Fortbestand einer bestimmten Lage eines einzelnen Rechtsstreites wird nicht

1 vgl. hierzu bereits S. 81 dieser Arbeit.

geschützt. Dies folgt bereits aus der Zulässigkeit einer völligen Verweigerung der Prozeßführungsgenehmigung. Er kann deshalb auch nicht darauf vertrauen, daß der Genehmigende zwar nur einen Teil der bisherigen Prozeßführung, diesen Teil aber mitsamt nachteiliger Prozeßhandlungen genehmigt. Vielmehr muß der Genehmigende so gestellt werden, als wenn er den Rechtsstreit von Beginn an selbst geführt hätte. Da man nicht von der Vorname bestimmter, für ihn ungünstiger Prozeßhandlungen ausgehen darf, kann er nachträglich seine Prozeßführung festlegen. Dabei kann er das bisherige Prozeßgeschehen berücksichtigen. Da er an dem bisherigen Rechtsstreit nicht beteiligt war, bzw. sich selbst nicht vertreten konnte, braucht er für sich ungünstige Prozeßhandlungen nicht zu genehmigen.

gg) Der Bundesgerichtshof hat in seiner Entscheidung gegen die Zulässigkeit einer Teilbarkeit auf folgenden Umstand abgestellt: Unredliche Verfahrensbeteiligte könnten gezielt durch wirkungslose Vollmachterteilung ein Verfahren in Gang setzen, den Mangel sodann offenlegen und durch Genehmigung nur einzelner Verfahrenshandlungen eine Wiederholung des gesamten Ermittlungsverfahrens oder einzelner Verfahrensteile nach Art "Vorprüfung" zum eigenen Vorteil erzwingen.¹ Der Bundesgerichtshof nimmt hier pauschal eine Manipulationsgefahr an. Abgesehen davon, daß diese Entscheidung eine (abgelehnte) Anmeldung eines Patentbesitzes betraf, wird ausdrücklich bei der wirkungslosen Vollmacht eine Manipulationsgefahr gesehen. Abgelehnt wird die Teilbarkeit jedoch mit dieser Begründung auch für die Prozeßführung eines Prozeßunfähigen, dessen Zustand alle Beteiligten erst später erfahren, von einer Arglist also keine Rede sein kann.

Bei dieser pauschalen Argumentation bleibt der Schutzgedanke der Prozeßführungsgenehmigung jedoch völlig

¹ vgl. BGHZ 92, 137/141.

außer Betracht. Dieser Schutzgedanke ist wesentliches Kriterium des Normzwecks der Vorschriften über die Prozeßführungsgenehmigung gewesen.¹ Daher überzeugt dieses Argument gegen eine Teilbarkeit der Prozeßführungsgenehmigung nicht.

Wenn der Bundesgerichtshof eine Art "Vorprüfung" durch unredliche Verfahrensbeteiligte verhindern will, muß in jedem Einzelfall seitens des Gerichts zunächst festgestellt werden, daß es in unlauterer Weise, etwa infolge Vorschickens eines Prozeßunfähigen, zu der Prozeßführungsgenehmigung kommt. Wegen des oben genannten Schutzgedankens sind hieran jedoch hohe Anforderungen zu stellen. Wird eine derartige Unredlichkeit nachgewiesen, wird ein Raum für eine Genehmigung überhaupt nicht gegeben sein. Insoweit bedarf es gerade nicht des oben geschilderten Schutzes, da der zur Prozeßführung Berechtigte über den Verlauf des bisherigen Rechtsstreites informiert ist. Unwirksame Prozeßhandlungen liegen somit nicht vor.

Im übrigen ist eine "Vorprüfung" der ZPO nicht ganz fremd. Bei der Beantragung von Prozeßkostenhilfe hat das Gericht die Erfolgsaussichten einer Klage oder Verteidigung vorweg zu prüfen. Auch wenn dies nach § 114 ZPO nur summarisch zu erfolgen hat, setzen sich die Gerichte jedoch bereits in diesem Stadium mit dem Parteivorbringen genau auseinander.² Wird Prozeßkostenhilfe mangels Erfolgsaussicht verneint, ist dies zu begründen gem. § 127 Abs. 2 ZPO. Die Partei kann, da die Klage noch nicht als erhoben gilt, diese nunmehr unter Berücksichtigung der Beschlußgründe des Gerichtes neu fassen und etwa ohne Prozeßkostenhilfeantrag einreichen.

hh) Die Lehre vom Rechtsschutzanspruch, wonach einer Partei bei Vorliegen der prozessualen und materiellen

1 vgl. hierzu S. 78ff dieser Arbeit unter ee).

2 vgl. etwa BGH, FamRZ 1982, 368 m.w.N.

Voraussetzungen ein Anspruch auf eine günstige Entscheidung zustehen sollte, ist überwunden.¹ Vielmehr hängt der Ausgang eines Rechtsstreites gerade auch von der im Prozeß erzielten Sachaufklärung und vom Verhalten der Parteien ab.² Daher steht auch dieser Gesichtspunkt einer Beschränkbarkeit der Prozeßführungsgenehmigung nicht entgegen.

Bei Zulassung einer teilbaren Genehmigung wird der Gegner der Möglichkeit beraubt, seine bisherige Prozeßführung in einem neuen Rechtsstreit, der bei Verweigerung der Prozeßführungsgenehmigung unumgänglich ist, zu korrigieren. Da jedoch die Genehmigungsvorschriften nicht ihm, sondern seinem Gegenüber eine Entscheidungsmöglichkeit einräumen wollen, ob überhaupt eine Genehmigung ausgesprochen wird, handelt es sich hier um ein vom Gesetzgeber nicht besonders berücksichtigtes und geschütztes Interesse. Vielmehr soll ausschließlich der Genehmigende bestimmen können, ob und wie der Rechtsstreit fortgesetzt wird.

Ferner wird die vom Gesetzgeber vorgenommene Risikoverteilung der Beteiligten durch die Zulassung einer teilweisen Prozeßführungsgenehmigung nicht verändert. Bei der von der überwiegenden Ansicht angenommenen Unteilbarkeit der Prozeßführungsgenehmigung ist vielfach eine völlige Genehmigungsverweigerung für den Berechtigten die einzig mögliche Alternative, auch wenn er dabei Nachteile in Kauf nehmen muß.

Bei Zulassung einer teilbaren Prozeßführungsgenehmigung bleiben demgegenüber die bisherigen Beweisergebnisse verwertbar. Will der Genehmigende eine erneute Zeugen-einvernahme durchgeführt wissen, steht die Unerreichbarkeit eines Zeugen in seinem Risiko. Genehmigt er dagegen den entsprechenden Beweisantritt nicht, bleibt er beweisfällig.

Auch für den Gegner entsteht kein größeres Risiko. Hat er auf einen Zeugen verzichtet, da für eine Vernehmung

1 vgl. Bernhardt, S. 7f.

2 so auch Bernhardt, S. 8f.

etwa wegen eines Teilanerkennnisses oder -geständnisses kein Bedarf bestand, trägt er in einem aufgrund der vollständigen Verweigerung der Prozeßführung erforderlichen neuen Rechtsstreit, in dem die Zeugenvernehmung erforderlich wird, das Risiko der Erreichbarkeit dieses Zeugen. Dabei verbleibt es auch dann, wenn für den Gegner nach Erteilung der eingeschränkten Prozeßführungsgenehmigung, die das Teilanerkennnis oder Teilgeständnis nicht umfaßt, sich nunmehr die Vernehmung eines Zeugen als erforderlich erweist, auf den vorher verzichtet wurde. Hier trägt der Gegner ebenfalls das Risiko der Erreichbarkeit dieses Zeugen. Somit greift eine teilbare Prozeßführungsgenehmigung nicht in die vom Gesetzgeber vorgesehene Risikoverteilung ein.

Durch eine teilbare Prozeßführungsgenehmigung entsteht dem Prozeßgegner auch kein weiterer wirtschaftlicher Nachteil. Die durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht vertretene Partei haftet nicht für die durch die ungenehmigten Prozeßhandlungen entstandenen Kosten. Diese trägt vielmehr der falsus procurator. Der Gegner trägt somit ein finanzielles Risiko bezüglich der Gerichtskosten bei Insolvenz des Vertreters. Bei einer völligen Verweigerung der Prozeßführungsgenehmigung stünde der Gegner allerdings noch schlechter, da er dann subsidiär nach §§ 49, 54 GKG für die Gerichtskosten haftet und seine eigenen Kosten selbst zu tragen hätte.³ Dieses Risiko wird durch eine teilbare Genehmigung und die sich daran anschließende Fortsetzung des Rechtsstreites vermindert.

Die Frage der Zulässigkeit einer Teilbarkeit der Prozeßführungsgenehmigung ist auch danach zu beurteilen, inwieweit der Gegner anschließend an seine eigene bisherige Prozeßführung gebunden ist. Man könnte zunächst an eine uneingeschränkte Bindungswirkung denken, da der

1 vgl. hierzu Bernhardt, S. 7f.

2 so auch Bernhardt, S. 8f.

3 ähnlich auch Höpfner, S. 108 Fn. 169.

Gegner bislang seine Prozeßführung selbst durch sein eigenes Verhalten bestimmen konnte.¹

Dabei wird jedoch nicht der Einfluß der jetzt zu genehmigenden Prozeßführung auf sein früheres Verhalten berücksichtigt. Er braucht sich nicht auf eine Unwirksamkeit der bisherigen Prozeßführung seines Gegenübers einzustellen. Dann darf aber sein Vorbringen nicht als verspätet zurückgewiesen werden, wenn bislang bei der gegebenen Prozeßsituation eine Notwendigkeit für den nunmehr von ihm vorgetragenen Tatsachenstoff nicht bestand. Waren Tatsachen bislang zugestanden und wird dieses Geständnis von der Genehmigung ausgenommen, darf ein diesbezügliches Tatsachenvorbringen des Gegners nicht als verspätet zurückgewiesen werden.

Somit kann der Gegner seine weitere Prozeßführung auf der Grundlage des genehmigten Teils der bisherigen Prozeßführung fortsetzen und sich entsprechend einlassen, ohne insoweit an seine bisherige Prozeßführung gebunden zu sein. Auch der Gesichtspunkt der Vorausberechenbarkeit gerichtlicher Rechtsschutz Tätigkeit für die Parteien, hier insbesondere für den Gegner, steht einer teilbaren Prozeßführungsgenehmigung nicht entgegen. Der zur Genehmigung Berechtigte hat selbst ein Interesse daran, den übrigen Beteiligten den Umfang seiner Genehmigung darzutun. Es kann kein Unterschied bestehen, ob er die bisherige Prozeßführung insgesamt genehmigt, deren Genehmigung insgesamt verweigert oder eine eingeschränkte Genehmigungserklärung ausspricht. In allen Fällen können sich die Beteiligten entsprechend darauf einstellen.

Wenn die Prozeßführungsgenehmigung die Folgen der Nichtzulassung einer Anfechtung von Prozeßhandlungen vermeiden helfen soll, wird dies auch durch eine teilbare Prozeßführungsgenehmigung gewährleistet. Zwar ist eine Anfechtung von Prozeßhandlungen ausgeschlossen, da das

¹ vgl. Henckel, S. 240f.

bisherige Prozeßgefüge infolge der Rückwirkung nicht erschüttert werden soll. Bei einer Prozeßführungsgenehmigung steht zum Zeitpunkt der Genehmigungserklärung jedoch die Unwirksamkeit des gesamten bisherigen Prozeßverlaufs fest. Eine Verweigerung der Prozeßführungsgenehmigung kann den bisherigen Prozeßverlauf insgesamt überflüssig machen. Der Gesetzgeber hat hier somit ausdrücklich eine Möglichkeit vorgesehen, wodurch der gesamte bisherige Prozeßverlauf keine Wirkung mehr haben soll. Daraus kann jedoch nicht der Ausschluß einer teilweisen Weitergeltung des bisherigen Rechtsstreits gefolgert werden.

Gegen die Zulassung einer Teilbarkeit der bisherigen Prozeßführung kann auch nicht eingewendet werden, daß dadurch der Umfang der noch geltenden Prozeßhandlungen unklar sei und deshalb nicht zugelassen werden dürfe.¹ Dieser Einwand läßt sich durch die Aufstellung exakter Formerfordernisse (etwa Erklärung zu Protokoll oder Schriftsatz) für die Erklärung einer nur eingeschränkt erteilten Genehmigung entkräften. Für jeden Beteiligten ist dann genau ersichtlich, in welchem Umfang die bisherige Prozeßführung weiterhin Geltung hat.

Insgesamt gesehen rechtfertigt es der Zweck, der den Vorschriften über eine Prozeßführungsgenehmigung zugrundeliegt, eine Teilbarkeit zuzulassen. Die Interessen aller Beteiligten werden hierdurch nicht mehr beeinträchtigt, als es bereits jetzt in Kauf genommen wird.

Damit wird eine Teilbarkeit der Prozeßführungsgenehmigung vom Normzweck der Genehmigungsvorschriften zugelassen.

¹ so BGHZ 92, 137/141f; vgl. auch RGZ 110, 228/230; Hellwig, Lehrbuch II, S. 340.

5. Argumentation aus einer vergleichenden Gegenüberstellung des gewillkürten Parteiwechsels und der Prozeßführungsgenehmigung

Beim gewillkürten Parteiwechsel stellt sich für die neu eintretende Partei die Frage, in welcher Lage der bereits laufende Rechtsstreit übernommen werden muß. Wie im folgenden noch genauer darzustellen ist, kann der im Wege des gewillkürten Parteiwechsels einen Rechtsstreit Übernehmende bestimmen, welche Prozeßhandlungen seiner Vorgängers für ihn weitergelten. Auch bei der Prozeßführungsgenehmigung stellt sich für einen Dritten, bislang Unbeteiligten die Frage, in welcher Lage der Rechtsstreit nach der Genehmigung fortzuführen ist. Daher bietet sich eine Prüfung an, ob die Gründe, die zur Teilbarkeit der bisherigen Prozeßführung beim gewillkürten Parteiwechsel führten, auch bei der Prüfung der Teilbarkeit einer Prozeßführungsgenehmigung Verwendung finden können. Voraussetzung ist hierzu eine Vergleichbarkeit beider Prozeßhandlungen. Wenn eine Vergleichbarkeit festgestellt werden kann, muß schon aus Gründen der Rechtsgleichheit im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG auch bei der Prozeßführungsgenehmigung eine Teilbarkeit zugelassen werden. Der Einzelne hat ein subjektiv öffentliches Abwehrrecht gegenüber Organisationen der öffentlichen Gewalt, wonach gleichgelagerte Fälle auch gleich behandelt werden.

a) Die Teilbarkeit der bisherigen Prozeßführung beim gewillkürten Parteiwechsel

aa) Inhalt und Bedeutung

Von einem Parteiwechsel spricht man, wenn eine neue Partei an Stelle einer ausscheidenden Partei in den Rechtsstreit eintritt, wobei das bisherige Prozeßrechtsver-

hältnis bestehen bleibt.¹ Von einer nachträglichen Parteienhäufung unterscheidet er sich insofern, als der Prozeß mit der neuen Partei allein unter Ausscheiden der alten Partei weitergeführt wird.² Soweit eine Partei nur exakter bezeichnet wird, handelt es sich um eine reine Parteiberichtigung, die letztlich zu einer Rubrumsberichtigung führt.³

Die Zulässigkeit des gesetzlich nicht geregelten Parteiwechsels wird allgemein zur Vermeidung von Mehraufwand an Mühe, Zeit und Kosten bejaht.⁴

Bei dem Parteiwechsel selbst wird zwischen dem gesetzlichen und dem gewillkürten unterschieden. Während der gesetzliche Parteiwechsel kraft Gesetzes eintritt⁵ oder als gesetzlich geregelter Parteiwechsel erfolgt⁶, wird der gewillkürte Parteiwechsel praeter legem aus praktischen Gründen zugelassen.⁷ Wenn sich in einem laufenden Verfahren das Fehlen der Aktiv- oder Passivlegitimation herausstellt, wäre es unökonomisch, den Rechtsstreit

1 vgl. etwa Thomas/Putzo vor § 50 Anm. IV; Blomeyer § 115 V, S. 640; Rosenberg/Schwab § 42 Anm. I, S. 214; Jauernig § 86 Anm. I, S. 275.

2 so auch Blomeyer § 115 V, S. 640; Kisch, Parteiänderung im Zivilprozeß, S. 1; Zöllner § 263 Anm. I 1; Bernhardt § 32 I, S. 205; Schönke/Kuchinke, S. 102; dabei kann die unterschiedliche Terminologie wie Parteibeitritt oder subjektive nachträgliche Klagehäufung offen bleiben, da sachlich dasselbe gemeint ist.

3 ähnlich OLG Celle, OLGZ 1967, 310/311f; Krantz, Parteiänderung im Zivilprozeß, S. 39; Kisch, S. 520ff; Thomas/Putzo vor § 50 Anm. 3 I.

4 so auch BGH, LM § 264 Nr. 8; BGHZ 16, 317/321; BGH, MDR 58, 329; BGH, NJW 1962, 633; BAGE 5, 94; RGZ 49, 376/378f; 58, 248/250f; 157, 369/377; Zeiss § 50 II 1, S. 136.

5 etwa nach den Regeln der Sonderrechtsnachfolge gem. §§ 1483 BGB; 239 ZPO; 240 ZPO i.V.m. 10, 11, 12 KO.

6 Damit sind die Fälle der §§ 75, 76, 77, 265 und 266 ZPO gemeint.

7 ähnlich Zeiss § 50 II 1, S. 136; Stein/Jonas/Schumann/Leipold § 268 Anm. II 1 b; Nikisch § 114 I 3, S. 453.

auf dieser Basis zu entscheiden. Ein neuer Prozeß könnte nicht vermieden werden. In diesem neuen Prozeß könnte das bisherige Prozeßergebnis nicht verwertet werden. Daher müßte der gesamte Sachverhalt wieder aufgerollt werden. Zur Vermeidung dieser Umstände ist der gewillkürte Parteiwechsel geschaffen worden, dessen Zulässigkeit gewohnheitsrechtlich anerkannt ist¹, wobei die Zulässigkeitsvoraussetzungen sehr umstritten sind.²

Von der Rechtsprechung und im überwiegenden Teil der Literatur wird ferner eine gewillkürte Parteierweiterung zugelassen. Dieser Parteibeitritt vollzieht sich dadurch, daß ein weiterer Kläger oder Beklagter in den Prozeß eintritt.³ Hierfür werden die Grundsätze des gewillkürten Parteiwechsels herangezogen.⁴ Auch dieser Fall ist hier von Interesse, da die neu eintretende Partei sich mit dem bisherigen Prozeßgeschehen konfrontiert sieht. Es stellt sich auch hier die Frage, ob die bisherige Prozeßführung übernommen werden muß. Sie hat als nachträgliche Klageerhebung zur Voraussetzung, daß beide Beklagte von vornherein gem. §§ 59, 60 ZPO hätten verklagt werden können oder beide Kläger hätten ge-

1 ausdrücklich Stein/Jonas/Schumann/Leipold § 268 Anm. II 1 c; Pohle, Festschrift für Fragistas, S. 155; vgl. hierzu von Loeper, Gewillkürte Parteiänderung und Umdeutung der Parteibezeichnung im Zivilprozeß, S. 89f.

2 vgl. hierzu Thomas/Putzo vor § 50 Anm. IV; vgl. auch S. 101ff dieser Arbeit.

3 vgl. Blomeyer § 116 IV, S. 635ff; RGZ 96, 201/202; 108, 351; RG, Warn 34, 142; BGH, LM ZPO § 264 Nr. 8; Bernhardt § 32 III 2, S. 209f; Thomas/Putzo § 50 Vorbem. IV 4; OLG München, MDR 1958, 849; BGH, NJW 1961, 1066; BGHZ 40, 185; Rosenberg/Schwab § 42 III 1 b, S. 203; Putzo, NJW 1964, 501; Stein/Jonas/Schönke/Pohle § 268 Anm. II 3; a.A. Holzhammer, Parteienhäufung und einheitliche Streitpartei, S. 21ff und S. 158f; einen Fall gesetzlicher Parteierweiterung stellt § 856 ZPO dar.

4 so BGHZ 40, 189; 56, 75; 65, 268; a.A. Jauernig § 86 III, S. 274, der eine neue Klage des bisherigen oder des weiteren Klägers verlangt, die das Gericht dann mit dem ersten Verfahren mit § 147 ZPO verbinden kann.

meinsam klagen können. Daher reicht es zur Zulässigkeit aus, wenn die Voraussetzungen der einfachen Streitgenossenschaft vorliegen. Es sollen hier die Grundsätze des gewillkürten Parteiwechsels entsprechende Anwendung finden. Dieser Parteibeitritt vollzieht sich dadurch, daß ein weiterer Prozeß anhängig wird, der gem. § 147 ZPO mit dem ursprünglichen verbunden und von diesem Zeitpunkt an zusammen verhandelt wird.¹

Nach allgemeiner Auffassung soll die neue Partei nicht an die bisherige Prozeßführung gebunden sein.² Dies gilt sowohl für die Beklagten- als auch die Klägerseite. Selbst die allein weiterverhandelnde gegnerische Partei soll nach Überwiegender Auffassung an ihre eigene bisherige Prozeßführung nicht gebunden sein.³ Die Wirkung einer Parteihäufung wird der eines gewillkürten Parteiwechsels angeglichen.⁴

bb) Die Zustimmung der Beteiligten als Zulässigkeitsvoraussetzung

Um die Bedeutung der Teilbarkeit der bisherigen Prozeßführung beim gewillkürten Parteiwechsel richtig einschätzen zu können, ist die Feststellung von erheblichem Interesse, ob eine Zustimmung der Prozeßbeteiligten zum Parteiwechsel erforderlich ist. Durch die Erteilung oder Verweigerung einer derartigen Zustimmung

1 so auch schon Kisch, S. 348; vgl. ferner Jauernig § 86 III, S. 274.

2 so Blomeyer § 116 IV 1 a, S. 636; Bernhardt § 32 III 2 b, S. 210; Rosenberg/Schwab § 42 III 4, S. 217; Thomas/Putzo § 50 Vorbem. IV 4 a durch Bezugnahme auf Blomeyer; Kisch, S. 347ff und S. 516ff.

3 vgl. Blomeyer § 116 IV 1 a, S. 636 und § 116 IV 2, S. 639; a.A. Henckel, S. 240, allerdings nur für den Parteiwechsel im eigentlichen Sinne.

4 so BGHZ 40, 185/189; 56, 73/75; 65, 264/268; a.A. Jauernig § 86 III, S. 274.

kann eine Partei Einfluß darauf nehmen, ob der Rechtsstreit weitergeführt und die bisherige Prozeßführung Entscheidungsgrundlage wird. Daher soll im folgenden kurz die Zustimmung zum Parteiwechsel dargestellt werden:

(1) Beim Beklagtenwechsel in der ersten Instanz bestehen Meinungsverschiedenheiten über die Erforderlichkeit einer Zustimmung des bisherigen Beklagten und des neuen Beklagten.

In früherer Zeit wurde die Zulässigkeit des Beklagtenwechsels von der Einwilligung des ausscheidenden Beklagten oder Sachdienlichkeit des Parteiwechsels abhängig gemacht.¹

Die heute überwiegende Meinung gelangt in analoger Anwendung des § 269 Abs. 1 ZPO zu dem Ergebnis, daß der Parteiwechsel nur bei Zustimmung des bisherigen Beklagten zulässig sei, wenn dieser bereits mündlich zur Hauptsache verhandelt habe. Eine Zustimmung sei jedoch noch nicht erforderlich, wenn der Beklagtenwechsel schon vor Beginn des Termins zur mündlichen Verhandlung erklärt werde.²

Die Erforderlichkeit einer Zustimmung des neuen Beklagten wird unterschiedlich beurteilt. Nach einer überkommenen Auffassung kann der Beklagte nicht gegen seinen Willen in ein Verfahren gezogen werden.³ Die neue

1 Schönke/Schröder/Niese § 30 III 3, S. 146; Förster/Kann § 268 Anm. 5, S. 685; Krantz, S. 54ff; VG Münster, MDR 1962, 1018; LG Düsseldorf, MDR 1962, 746f.

2 so etwa Blomeyer § 115 I 1 a, S. 641; Henckel, S. 234, 239 und 244; de Boor, S. 108f; Nikisch § 116 III 1, 3, S. 461f; Rosenberg, ZJP 70, 1/6; Ischischgale, NJW 1962, 2/34f; Putzo, NJW 1964, 500f; de Boor, S. 139f; Henckel, S. 233f; Blomeyer § 63 II 1, S. 306f.

3 vgl. OLG Cassel, ZJP 41, 202/203; OLG Hamburg, OLGE 30, 127f; Krantz, S. 54; Schwab, ZJP 73, 477; Bötticher, MDR 1958, 330; Pohle, S. 151; Förster/Kann § 268 Anm. 5; so auch § 222 des Entwurfes von 1931, der jedoch kein Gesetz wurde.

Partei müsse das gesamte bisherige Prozeßgeschehen gegen sich gelten lassen, da der bisherige Stand des Verfahrens unverändert fortbestehe.

Im Gegensatz dazu hält die überwiegende Ansicht in Rechtsprechung und Literatur die Zustimmung des neuen Beklagten im ersten Rechtszug für nicht erforderlich.¹ Die möglichen Nachteile für den neuen Beklagten werden von dieser Ansicht nicht verkannt. Sie werden jedoch dadurch vermieden, daß die neue Partei nicht die gesamte bisherige Prozeßführung übernehmen muß.²

(2) Beim Beklagtenwechsel in der Berufungsinstanz gilt folgendes:

Eine Zustimmung des bisherigen Beklagten ist wie im Verfahren erster Instanz nach § 269 Abs. 1 ZPO analog erforderlich. Insoweit bestehen hier keine Unterschiede.³

Eine Zustimmung des neuen Beklagten wird für die zweite Instanz gefordert.⁴ Lediglich die Vertreter der Klage-

1 vgl. BGH, LM § 264 ZPO Nr. 14/15; BGH, NJW 1962, 347; LG Düsseldorf, MDR 1962, 746f; VG Münster, MDR 1962, 1018; BGH, JZ 1956, 761; Schönke/Schröder/Niese § 30 III 3, S. 146; Volkmar, ZAKDR 1936, 101f; Wieczorek § 50 Anm. VIII b 3; vgl. auch in jüngerer Zeit BGH, NJW 1981, 989f.

2 BGH, NJW 1962, 347; Blomeyer § 115 V 1 b, S. 642; Bötticher, MDR 1958, 330f.

3 vgl. Thomas/Putzo vor § 50 Anm. IV.

4 vgl. hierzu BGHZ 21, 285/287ff; BGH, NJW 1962, 633/635; BAG, AP § 264 ZPO Nr. 1; OLG Düsseldorf, MDR 1962, 62; OLG Nürnberg, KTS 1966, 57/58; OLG Köln, MDR 1966, 1009; OLG München, NJW 1967, 1812; de Boor, S. 147; Nikisch § 115 III 1, S. 461; Lent, JZ 1956, 762f; Pohle, S. 153 und MDR 1960, 963; Schwab, ZZP 73, 477; Gelhaar, LM § 264 ZPO Nr. 1/6; Henckel, S. 244, 239 Nr. 170 und DRiZ 1962, 226/228; Jauernig § 86 II, S. 245; Baumbach/Lauterbach §§ 264 Anm. 2 C und 529 Anm. 4 A; Zöllner § 268 Anm. 1; Blomeyer § 115 V 1 b, S. 641f; Bernhardt § 32 III 1 b, S. 209; Thomas/Putzo § 50 Vorbem. IV 3 b; wohl auch Putzo, NJW 1964, 500/501; Meiss, ZZP 69, 471/474.

änderungstheorie, die später noch näher darzulegen sein wird, halten eine Zustimmung für entbehrlich.¹ Der überwiegend vertretenen Auffassung, die eine Zustimmung des neuen Beklagten in der Berufungsinstanz fordert, ist zuzustimmen. Wenn der neue Beklagte ohne seine Zustimmung während eines Berufungsverfahrens in einen Rechtsstreit hineingezogen wird, verliert er eine Instanz. Ein zweitinstanzliches Gericht darf eine Verweigerung der Zustimmung auch in Mißbrauchsfällen nicht ignorieren und nicht die Hereinziehung eines neuen Beklagten ohne dessen Zustimmung als sachdienlich zulassen.²

(3) Bei einem Klägerwechsel in der ersten Instanz ist eine Übereinstimmende Erklärung des ursprünglichen Klägers und des neuen Klägers über den beabsichtigten Parteiwechsel erforderlich. Kein Kläger darf ohne seinen Willen aus einem Verfahren herausgedrängt oder in ein solches hineingedrängt werden.³

Ob der verbleibende Beklagte einem Klägerwechsel zustimmen muß oder nicht, wird unterschiedlich beantwortet. Die früher vertretene Klageänderungstheorie verlangt alternativ die Zustimmung des Beklagten oder die Feststellung der Sachdienlichkeit durch das Gericht.⁴

Demgegenüber fordert die herrschende Ansicht in analoger Anwendung des § 269 Abs. 1 ZPO die Einwilligung

1 vgl. etwa RGZ 157, 377.

2 vgl. hierzu BGHZ 21, 285/289; BGH, NJW 1962, 633/635; aber auch Blomeyer § 115 V 1 b, S. 642; Bötticher, MDR 1958, 330f.

3 Nikisch § 116 II 1, S. 461; Krantz, S. 65f.

4 BGHZ 16, 317/321f; Krantz, S. 66; Förster/Kann § 268 Anm. 5, S. 686; Stein/Jonas/Schönke/Pohle § 268 Anm. I 3 a.

des verbleibenden Beklagten, soweit dieser bereits mündlich zur Hauptsache verhandelt hat.¹

(4) Beim Klägerwechsel in zweiter Instanz ist ebenfalls eine Übereinstimmende Erklärung des ursprünglichen und des neuen Klägers für den beabsichtigten Parteiwechsel zu fordern. Auch im Berufungsverfahren darf ein Kläger nicht ohne seinen Willen aus einem Verfahren herausgedrängt oder in ein derartiges hineingedrängt werden.

Die Zustimmung des Beklagten ist hier ebenso nach § 269 Abs. 1 ZPO analog erforderlich, wie in der ersten Instanz.

Wenn beim Parteienwechsel wie etwa beim Beklagtenwechsel erster Instanz ohne seine Zustimmung ein neuer Beklagter in einen Rechtsstreit hineingezogen werden kann, muß nunmehr festgestellt werden, in welcher Lage er den Prozeß zu übernehmen hat. Die Bindung der Parteien nach Durchführung des gewillkürten Parteiwechsels an die bisherige Prozeßführung wird von den verschiedenen zum gewillkürten Parteiwechsel vertretenen Theorien unterschiedlich beurteilt.² Aber auch innerhalb der einzelnen zum Parteiwechsel vertretenen Theorien wird diese anschließende Frage unterschiedlich beurteilt.³

1 Nikisch § 116 II 1, S. 461; Jauernig § 86 II, S. 274; Thomas/Putzo § 50 Vorbem. IV 3 a aa; Henckel, S. 243f; Blomeyer § 115 V 2, S. 643; Bernhardt § 32 III 1 a, S. 208.

2 so etwa Krantz, S. 2, 12 und 55; Volkmar, ZAkDR 1935, 101f; Förster/Kann § 268 Anm. 5 einerseits und Rosenberg/Schwab § 42 III 4, S. 219; de Boor, S. 144 andererseits.

3 vgl. etwa Förster/Kann einerseits und Rosenberg/Schwab § 42 III 2, S. 218 andererseits.

cc) Die Teilbarkeit nach den verschiedenen zum gewillkürten Parteiwechsel vertretenen Auffassungen

(1) Nach der Klageänderungstheorie

Das Reichsgericht und auch die ältere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes sahen den gewillkürten Parteiwechsel als Klageänderung an.¹ Dies wurde damit begründet, daß gem. § 253 Abs. 2 Nr. 1 ZPO die Bezeichnung der Parteien zu den Essentialia der Klageschrift gehört und damit Teil der Klageschrift ist.² Von daher erklärt sich auch die teilweise Bezeichnung als "subjektive Klageänderung".³ Das Schrifttum hat sich diese Auffassung vielfach zu eigen gemacht, wobei zur Begründung eine gewohnheitsrechtliche Anwendung der §§ 264ff ZPO im Wege einer Analogie angeführt wurde.⁴ Zunächst hat sich der Bundesgerichtshof dieser Auffassung ebenfalls angeschlossen. Später ist er für den Parteiwechsel in der Berufungsinstanz jedoch hiervon abgewichen.⁵ Für

1 vgl. RGZ 11, 339/341; 58, 248/250f; 66, 240/245; 66, 415/417; 108, 350/351; 141, 277/283; 157, 369/377; RG, JW 1907, 712/713 Nr. 23; RG, Seuff. Arch 78, 312 Nr. 192; BGHZ 16, 317/321; BGH, Z郑 68, 385f; ihm folgend OLG Hamburg, GmbH Rdsch 1954, 188; OLG Neustadt, VersR 1955, 668; OLG Stuttgart, Z郑 71, 273; OLG Nürnberg, KTS 1966, 57f; OLG Celle, OLGZ 1967, 310ff; siehe hierzu auch v. Loeper, Gewillkürte Parteiänderung und Umdeutung der Parteibezeichnung im Zivilprozeß, S. 11f.

2 so etwa RGZ 58, 248/251.

3 so BGH, LM § 264 ZPO Nr. 9 und Nr. 14/15; OLG München, NJW 1966, 112; vgl. auch BSGE 17, 11/14f.

4 siehe Krantz, S. 23ff; Förster/Kann § 268 Anm. 5; Schönke/Schröder/Niese § 30 III 3, S. 145f; Rosenberg, Z郑 68, 1/2; Volkmar, ZAKDR 1936, 101ff; wohl auch Zöller § 263 Anm. I 2; Groß, Klageänderung und Klagerücknahme, S. 60ff; Meiss, Z郑 69, 471/474f; vgl. aber auch schon die Einschränkungen bei Hellwig, Lehrbuch des Zivilprozeßrechtes, S. 94ff und S. 245f; so etwa OLG Saarbrücken, DRspr. IV (477) 106 a.

5 vgl. BGH, NJW 1962, 633/635; BGHZ 21, 285/287ff.

die erste Instanz vertritt er nach wie vor seine ursprüngliche Ansicht.¹

Die Vertreter der Klageänderungstheorie gehen von einer uneingeschränkten Weitergeltung des bisherigen Verfahrensverlaufes aus.² Danach tritt die neue Partei in die gesamte prozessuale Rechtsstellung des Vorgängers ein, ohne die bislang geschaffenen Rechtsbeziehungen abzuändern.³ Dies erscheint auch nur konsequent, wenn man den gewillkürten Parteiwechsel als eine Klageänderung ansieht, bei der die bisherige Prozeßführung weiterhin gilt.⁴

Auch der Bundesgerichtshof tendierte in früheren Entscheidungen zu einer Bindungswirkung der neu eintretenden Partei.⁵ Allerdings ist der II. Senat später hiervon abgerückt.⁶

Die Klageänderungstheorie ist jedoch mittlerweile als überholt anzusehen und daher für die Frage der Teilbarkeit nicht ausschlaggebend:

(a) Ausgangspunkt war der materielle Parteibegriff des

-
- 1 etwa BGH, NJW 1966, 1028; 1964, 44/45; 1962, 347; BGH, ZZP 68, 385; vgl. aber auch BGH, VersR 1965, 980; ferner BAGE 5, 94/96; BVerwGE 16, 94/99f.
 - 2 vgl. Krantz, S. 12 und 55; Volkmar, ZAkDR 1936, 101/102; Förster/Kann § 268 Anm. 5; Pohle, MDR 1960, 963; Pohle, Gedanken zum gesetzlich nicht geregelten Parteiwechsel, S. 142ff; Stein/Jonas/Schönke/Pohle § 268 Anm. II 2 j bb.
 - 3 so auch Rosenberg, ZZP 70, 1/2; de Boor, S. 100; Nikisch § 114 II 2, S. 454; Jauernig § 86 II, S. 274.
 - 4 so LG Düsseldorf, MDR 1962, 746/747; OLG Düsseldorf, VersR 1959, 141/143; vgl. die Entscheidung des VG Münster, MDR 1962, 1018/1019.
 - 5 vgl. die Entscheidungen des V. und VI. Zivilsenates in BGHZ 21, 285/287f; BGH, NJW 1962, 633/635; siehe auch Gelhaar, LM § 264 ZPO Nr. 10 Bl. 1 R/2, ausdrücklich nur für den Parteiwechsel in der Berufungsinstanz; so auch im Ergebnis Lent, S. 762; Böttcher, MDR 1958, 330.
 - 6 so BGH, LM § 264 ZPO Nr. 14/15.

Pandektensystems.¹ Als Parteien wurden die Subjekte des streitigen Rechtsverhältnisses angesehen.² Hier- von wurde die ZPO 1877 entscheidend geprägt. Nach der Ausprägung, die der materielle Parteibegriff um die Mitte des 19. Jahrhunderts erfahren hatte, waren Par- teien die Personen, die von der Klageschrift als Sub- jekte des streitigen materiellen Rechtsverhältnisses bezeichnet wurden, also die behaupteten Subjekte des streitigen Rechtsverhältnisses.³ Demnach konnten nur die aktiven und passiven Subjekte der res in iudicium deducta Partei sein.⁴ Ein gewillkürter Parteiwechsel vollzog sich derart, daß der neue Kläger nunmehr als Gläubiger bezeichnet oder umgekehrt der neue Beklagte als richtiger Schuldner in Anspruch genommen wurde. Wegen der damit verbundenen Änderung des Tatsachenvor- trages stellte jeder gewillkürte Parteiwechsel notwen- dig eine Klageänderung dar.

Wie de Boor aufzeigte, sind diese Grundsätze unbesehen übernommen worden, als der materielle Parteibegriff durch den formellen abgelöst wurde.⁵ Nunmehr wurde die Partei danach bestimmt, wer als Kläger um Rechtsschutz gegen die als Beklagte bezeichnete Person nachsuchte.⁶ Eine Gleichsetzung der Parteien mit den Subjekten des streitigen Rechtsverhältnisses erfolgte nicht mehr. Aus dieser Änderung des Parteibegriffes folgte, daß nun auch um fremde Rechte im eigenen Namen gestritten werden

1 siehe hierzu de Boor, S. 33ff; Henckel, S. 215; vgl. auch Hofmann, NJW 1964, 1026/1027.

2 so auch Wach, Handbuch I, S. 518f; Planck, Lehrbuch I, S. 201.

3 so auch Henckel, S. 17; derselbe, ZZP 70, 449/449; Wach, S. 518.

4 vgl. Savigny, System des heutigen römischen Rechts V, S. 5.

5 so ausdrücklich de Boor, S. 34.

6 vgl. Oetker, Juristisches Literaturblatt 1890, 188/189; v. Loeper, S. 1f.

konnte.¹ Durch die Trennung der Fragen nach dem Prozeßsubjekt und materiellem Inhalt der Klage verlor die Klageänderungstheorie an Bedeutung.²

(b) Gegen die Klageänderungstheorie spricht folgender Umstand: Die Regelung des § 222 des Entwurfes von 1931 wurde nicht übernommen. Diese sollte folgenden Wortlaut haben:

"Soll ein Dritter neben oder anstelle einer Partei in den Prozeß eintreten, so bedarf es unbeschadet der Vorschrift des § 220 Abs. 2 seiner Zustimmung.

Scheidet infolge der Klageänderung der ursprüngliche Beklagte aus, so sind die ihm entstandenen Kosten dem Kläger aufzuerlegen, es sei denn, daß er durch sein Verhalten dem Kläger Anlaß gegeben hat, die Klage gegen ihn zu richten".³

§ 220 Abs. 2 sah eine über die Ergänzung der tatsächlichen oder rechtlichen Ausführungen hinausgehende Änderung der Klage vor. So war die Erweiterung des Klageantrages oder die Umstellung einer Forderung, die der Zustimmung des Beklagten bedurfte oder sachdienlich sein mußte, möglich.

Bei § 222 ging der Gesetzgeber wie selbstverständlich von einer Klageänderung aus.⁴ Sowohl der Wortlaut, als

1 siehe hierzu de Boor, S. 43/44; Henckel, S. 17; Jauernig § 18 IV, S. 44.

2 so auch im Ergebnis Rosenberg, ZZP 70, 1/4; Jauernig § 86 II, S. 274.

3 vgl. Entwurf einer Zivilprozeßordnung 1931.

4 vgl. die Begründung zu § 222, Entwurf der ZPO 1931, S. 313; siehe hierzu auch Kisch, Parteiänderung im Zivilprozeß, S. 27, der noch den Entwurf einer han-növerschen ZPO zu Rate zieht, was aber zur Auslegung des gesetzgeberischen Willens zur ZPO ohne Bedeutung ist; so auch de Boor, S. 7 Fn. 6.

auch die Begründung zum Entwurf sprechen ohne jede Erläuterung von dem in der Praxis häufig vorkommenden Fall der Klageänderung, daß ein Dritter neben oder anstelle der Partei in den Prozeß eintritt.¹

Diese Vorschrift wurde jedoch nicht in die 1933 veröffentlichte und zum 1. Jan. 1934 in Kraft getretene neue ZPO (Novelle 1933) übernommen. Von Beginn an wurde der Entwurf von 1931 erheblich kritisiert.² Wenn der Gesetzgeber auf eine Regelung des gewillkürten Parteiwechsels als Sonderfall der Klageänderung verzichtete, sah der Gesetzgeber die Klageänderungstheorie als nicht zwingende Erklärung und Handhabung des gewillkürten Parteiwechsels an. Zumindest wollte der Gesetzgeber den gewillkürten Parteiwechsel nicht den Regeln der Klageänderung unterstellen. Anderenfalls hätte es nahegelegen, § 222 des Entwurfes von 1931 in die endgültige Neuregelung zu übernehmen.³ Der damalige Gesetzgeber wollte den Fall des gewillkürten Parteiwechsels nicht zwingend als Klageänderung festschreiben.

(c) Entscheidender Kritikpunkt an der Klageänderungstheorie ist, daß die Vorschriften der Klageänderung gleichbleibende Parteien voraussetzen.⁴ Die Klageänderungsvorschriften sind auf den Kläger und den Beklagten zugeschnitten.⁵ Beim Parteiwechsel sind dagegen drei Beteiligte betroffen, über deren Verhältnis zueinander die Vorschriften der Klageänderung nichts besagen können.⁶ So sind die auftretenden Fragen, wie

1 siehe RGBI 1933 I, S. 821ff/842 und 845f.

2 so etwa Kisch, Judicium 1931, 235/262f.

3 vgl. Kisch, Judicium 1931, 235/263.

4 so schon Kisch, S. 29, 31 und 39; vgl. auch v. Loeper, S. 71.

5 vgl. Franz, S. 40.

6 ähnlich de Boor, S. 15f; Pohle, Festschrift für Fragistas, S. 136f; Kisch, Parteien, Prozeßverbindungen und Parteiänderung im Zivilprozeßentwurf, Judicium 1931, 235/259ff.

etwa der Vorgang des Wechsels zu bewirken sei, Erforderlichkeit einer Zustimmung der Betroffenen, Maßstab der nach objektiven Kriterien zu bestimmenden Sachdienlichkeit¹ oder Einbeziehung in einen Rechtsstreit wider Willen, mit den Vorschriften der Klageänderung nicht zu beantworten.² Die Schwäche dieser Theorie liegt in der mangelnden Berücksichtigung der Interessen des neuen Beklagten. Die Klageänderungsvorschriften besagen nicht darüber, wie der neue Beklagte überhaupt in den Prozeß hineingezogen wird.

Da die Klageänderungsvorschriften einen anderen Sachverhalt betreffen als der gewillkürte Parteiwechsel, können diese Vorschriften nicht zur Lösung der bei einem Parteiwechsel entstehenden Fragen herangezogen werden.

(2) Die Lehre Kischs

Im Anschluß an Kisch³ wurde die Auffassung vertreten, wonach der gewillkürte Parteiwechsel sich in eine Klagerücknahme gegenüber dem ursprünglichen Beklagten oder durch den bisherigen Kläger und eine Klageerhebung gegenüber dem neuen Beklagten oder durch den neuen Kläger aufgliederte. Folgerichtig wurde ein gewillkürter Parteiwechsel in der Berufungsinstanz nicht zugelassen, da dort keine Klage erhoben werden kann.

Diese Ansicht hat überwiegende Zustimmung in Rechtspre-

1 vgl. hierzu BGHZ 21, 285/288; Rosenberg/Schwab § 100 II 2, S. 489.

2 so im Ergebnis auch Kisch, S. 263; de Boor, S. 15, 20, 22 und 63; Nikisch § 114 I 3, S. 453; Henckel, S. 236; Pohle, S. 136f; Arndt, DGWR 1938, 33; Goldschmidt, Lehrbuch § 55, 3, S. 178; Hofmann, NJW 1964, 1026/1027; Schumann/Leipold, in: Stein/Jonas/Schönke/Pohle § 268 Anm. II 1 c; auch BGHZ 21, 285/288 mit den obigen Einschränkungen; Lent, JZ 1956, 762; Wilckens, MDR 1957, 207/208.

3 vgl. Kisch, S. 33ff und S. 65; Kisch, Judicium 1931, 235/263 und 269.

chung und Literatur gefunden und wird auch als Klageerhebungstheorie bezeichnet.¹

Da nach Kisch sich der gewillkürte Parteiwechsel in zwei, lediglich äußerlich zusammenhängenden Akten vollzieht², verneint er folgerichtig eine Bindungswirkung der neu eintretenden Partei an die bisherige Prozeßführung.³ Nach seiner Ansicht liegt eine Klagerücknahme und gleichzeitig eine Klageerhebung hinsichtlich der neuen Partei vor.⁴ Die fehlende Bindungswirkung begründet Kisch damit, daß der bisherige Prozeß gegen die ursprünglich beteiligte Person abgeschlossen sei, so daß zwei völlig getrennte, voneinander unabhängige Verfahren vorlägen.⁵ Deshalb finde eine Nachfolge der neuen Partei in die bisherige Prozeßführung der ursprünglichen Partei nicht statt.⁶

Eine Teilbarkeit der bisherigen Prozeßführung wird hierdurch zwar faktisch erreicht, indem die neu eintretende

1 so etwa OLG Hamburg, Recht 1924, 386 Nr. 1372; LAG Frankfurt, ARS 25 Abs. II, S. 105f; vgl. auch Bull, S. 34/35; Tschischgale, NJW 1962, 2134ff; Hofmann, NJW 1964, 1026f; so auch schon Goldschmidt, ZPO, S. 128; Seuffert/Walsmann § 268 Anm. 1 c; Goldschmidt, Zivilprozeßrecht, § 55, 3, S. 178; Rosenberg (6. Aufl.) § 41 III 2, S. 167 und § 100 I 3, S. 461; vgl. auch Arndt, DGBR 1938, 33/34; Zöllner § 268 Anm. 1; Marten, Parteiwechsel im Zivilprozeß, S. 43f.

2 so Kisch, Parteiänderung im Zivilprozeß, S. 33ff und S. 65; Kisch, Judicium 1931, 235/263 und 269.

3 vgl. Kisch, Judicium 1931, 235/263; Kisch, S. 127f für den neuen Beklagten und S. 192ff für den neuen Kläger.

4 siehe Kisch, S. 34.

5 so Kisch, Parteiänderung im Zivilprozeß, S. 128f und S. 192; Rosenberg, Zivilprozeßrecht, § 41 III 2 b, S. 167; so auch Goldschmidt, Zivilprozeßrecht, § 55 3 b, S. 178.

6 vgl. Kisch, S. 129; konsequent verneint Kisch dann die Möglichkeit, durch bloße Bezugnahme die bisherige Prozeßführung zu übernehmen, wozu er die Verhandlungsmaxime sowie den Unmittelbarkeitsgrundsatz und das Mündlichkeitsprinzip heranzieht; vgl. Kisch, S. 130f und S. 133.

Partei bestimmte Prozeßhandlungen wiederholen kann und andere unberücksichtigt lassen darf. Da das ursprüngliche Verfahren beendet wird, kann eine Weitergeltung der bisherigen Prozeßführung nicht eintreten. Nach dieser Auffassung ist demnach eine Bindungswirkung an die bisherige Prozeßführung von vornherein ausgeschlossen.

Anknüpfungspunkt dieser Auffassung von Kisch ist der Umstand, daß sich der gewillkürte Parteiwechsel von den vorhandenen gesetzlichen Regelungen nicht erfassen lasse.¹ Die Fälle des Parteiwechsels seien im Gesetz abschließend geregelt. Wegen der fehlenden Identität der Parteien komme auch keine Klageänderung in Betracht. Daher habe eine Klagerücknahme nach § 269 Abs. 1 ZPO und eine neue Klageerhebung nach § 253 ZPO zu erfolgen. Kisch geht dabei ausdrücklich von der Begriffsjurisprudenz aus² Er versucht also, den gewillkürten Parteiwechsel unter die Begriffe und Normen des geltenden Prozeßrechts einzuordnen.³ Nach seiner Auffassung scheidet das Institut der Klageänderung wegen der fehlenden Identität der Parteien aus. Er versucht daher mit den sonstigen Begriffen des Prozeßrechts zu einem Ergebnis zu gelangen, das sich mit dem Austritt der bisherigen und mit dem Eintritt der neuen Partei in das Verfahren vereinbaren läßt.⁴

Mit der Überwindung der Begriffsjurisprudenz und gleichzeitiger Hinwendung zur Interessenjurisprudenz⁵ verlor der methodisch Ansatz Kischs seine Basis. Das Prozeßrecht wird allgemein als Zweckmäßigkeitsrecht

1 so Kisch, S. 42f, 65 und S. 177f.

2 vgl. Kisch, Vorwort, S. X; ähnlich Arndt, DGWR 1938, 33/34.

3 Dies stellt auch de Boor, S. 6f fest.

4 Kisch, S. 65.

5 vgl. hierzu Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, S. 25 und S. 27f.

angesehen.¹ Dies ist gerichtet auf eine sachliche Entscheidung des Rechtsstreites im Wege eines zweckmäßigen und schnellen Verfahrens.² Danach ist bei Feststellung einer Gesetzeslücke eine interessengerechte Ausfüllung vorzunehmen, ohne daß dabei eine starre Unterordnung dieser Fälle unter bereits vorhandene Regelungen zwingend erfolgen muß. Anderenfalls wäre eine Rechtsfortbildung ausgeschlossen. Unvollkommenheiten eines Gesetzes und veränderte Anschauungen machen jedoch gerade eine sorgsame Fortbildung des Prozeßrechts durch Lückenausfüllung erforderlich. Daher setzt die Kritik an der Auffassung Kischs bereits an seiner wissenschaftlichen Methode an.

Die Meinung Kischs führt aber auch zu erheblichen praktischen Schwierigkeiten. Da die den gewillkürten Parteiwechsel ausmachenden selbständigen Akte der Klagerücknahme und Klageerhebung eigenen Zulässigkeits- bzw. Gültigkeitsvoraussetzungen unterliegen, ist die gleichzeitige Anhängigkeit zweier Rechtsstreitigkeiten oder die zeitweilige Anhängigkeit überhaupt keines Rechtsstreites möglich.³ Dieses Ergebnis ist im Hinblick auf etwaige Verjährungsfristen nicht befriedigend. Die gleichzeitige Anhängigkeit zweier Rechtsstreitigkeiten kann eintreten bei mißlungener Klagerücknahme (etwa fehlende Einwilligung des Beklagten) und gleichzeitiger Erhebung einer neuen zulässigen Klage; bei einer zulässigen Klagerücknahme, wenn eine neue Klage etwa wegen eines Formmangels noch nicht wirksam erhoben worden ist. Diese Folgen entsprechen nicht dem Interesse der Beteiligten. Kisch selbst weist auf ein weiteres Problem hin, das bei Streit über die Wirksamkeit der Prozeßhandlungen einer Klagerücknahme und Klageerhebung entstehen

1 so RGZ 141, 347/350; BGHZ 10, 350/359; Stein/Jonas/Schönke/Pohle, Einl. F I 2; Blomeyer § 2 IV 2, S. 12.

2 vgl. BGHZ 10, 350/359.

3 so auch ausdrücklich Kisch, S. 79.

kann. Die Entscheidungen hierüber können (im Instanzenzug) verschieden ausfallen.¹

Eine nicht immer erwünschte Folge dieser Ansicht ist ferner die fehlende Übernahmemöglichkeit der bisherigen Prozeßführung. Die Prozeßhandlungen bedürfen in jedem Fall einer Neuvernahme.² Die Auffassung von Kisch führt letztlich dazu, daß in der Berufungsinstanz ein Parteiwechsel selbst dann nicht möglich ist, wenn alle Beteiligten zustimmen.

Somit vermag die Klageerhebungstheorie den gewillkürten Parteiwechsel nicht hinreichend und interessengerecht zu erklären. Auch ihre Begründung hat letztlich nicht überzeugt. Da der methodische Ansatz der Klageerhebungstheorie, Rücknahme der ursprünglichen Klage und Erhebung einer neuen Klage, abzulehnen ist, kann aus dieser faktisch erreichten Teilbarkeit der bisherigen Prozeßführung nicht auf die Zulässigkeit einer Teilbarkeit der bisherigen Prozeßführung beim gewillkürten Parteiwechsel schlechthin geschlossen werden.

(3) Die Ansicht von de Boor

De Boor sieht den gewillkürten Parteiwechsel als eigenständiges Institut an, das eine Gesetzeslücke füllen soll. Diese sieht er in einer fehlenden ausdrücklichen Regelung des Parteiwechsels. Dazu wendet er § 265 Abs.

1 so bereits Kisch, S. 103 und S. 194; vgl. auch de Boor, S. 18.

2 vgl. hierzu Kisch, S. 130.

2 Satz 2 ZPO analog an.¹ Danach ist beim Klägerwechsel die Zustimmung des Beklagten erforderlich, um diesen vor einem neuen Angriff des ursprünglichen Klägers zu schützen. Beim Beklagtenwechsel muß der ursprüngliche Beklagte zustimmen, da ihm gegenüber faktisch eine Klagerücknahme nach § 269 ZPO vorgenommen wird.² Die Zustimmung des neuen Beklagten ist nach dieser Auffassung nur in der Berufungsinstanz erforderlich, da ihm beim Eintritt in die Berufungsinstanz bereits eine Instanz verlorengeht.³

Dieser Auffassung de Boors ist verschiedentlich Kritik widerfahren. Soweit de Boor an die Vorschrift des § 265 Abs. 2 ZPO anknüpft, wird darauf hingewiesen, daß es sich bei einem gewillkürten Parteiwechsel gerade nicht um eine Nachfolge in eine materiell-rechtliche Position handele. Vielmehr gehe es um eine Nachfolge im Prozeßrechtsverhältnis.⁴ Der Prozeßanspruch sei jedoch unübertragbar. Eine Nachfolge sei nicht möglich.⁵

Überwiegend hat die Theorie de Boors in der Literatur und Rechtsprechung Zustimmung gefunden.⁶ Der Lehre de

1 so de Boor, Zur Lehre vom Parteiwechsel und vom Parteibegriff, S. 19ff, 91f und 103ff; ihm folgend Rosenberg/Schwab § 42 III 2, S. 217; Nikisch § 116 I 3, II, III, S. 460ff; Lent, JZ 1956, 762f; Jauernig § 86 II, S. 274; Rosenberg, ZZP 70, 1/1f; Blomeyer § 115 III 3, S. 635; Bernhardt § 32 III 1, S. 206f; Zeiss § 50 II, S. 151f; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 264 Anm. 2 C; Thomas/Putzo § 50 Vorbem. IV; Henckel, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß, S. 216ff; LG Stuttgart, ZZP 74, 131/133.

2 vgl. Jauernig § 86 II, S. 274; Henckel, Der gewillkürte Parteiwechsel, DRiZ 1962, 226f.

3 siehe de Boor, S. 109.

4 vgl. etwa Hofmann, Anmerkung zu BGHZ 40, 185, in: NJW 1964, 1026f; Tschischgale, NJW 1962, 2134f; siehe auch Zeihe, SGB 1964, 96ff; v. Loeper, S. 34ff.

5 siehe Rosenberg, S. 417.

6 vgl. BGH, LM ZPO § 624 Nr. 14/15; BGHZ 40, 185; BGH, NJW 1966, 1028; vgl. auch Jauernig § 86 II, S. 274; Blomeyer § 115 III 3, S. 635; Bernhardt § 32 III 1, S. 206f; Zeiss § 50 II, S. 151f; Rosenberg/Schwab § 42 III 2, S. 217.

Boors konnten die Bedenken, die gegenüber den anderen Lehren bestehen, nicht entgegengehalten werden.¹ Die durch einen gewillkürten Parteiwechsel berührten Interessen aller Beteiligten werden durch die von de Boor begründete Auffassung hinreichend geschützt. De Boor verneint eine strikte Bindungswirkung für die neue Partei an die bisherige Prozeßführung.² Er sucht einen Mittelweg zwischen einer vollständigen Kontinuität des Verfahrens und dem Bestreben der neuen Partei, keine Nachteile aufgrund der bisherigen Prozeßlage hinnehmen zu müssen, wobei letzteres bei ihm Vorrang genießt. So kann die neue Partei Geständnisse, Anerkenntnisse oder einen Verzicht widerrufen. Lediglich bisherige Beweis- aufnahmen sollen weiter gelten, wobei eine erneute Vernehmung eines Zeugen "in vernünftigen Rahmen" nach § 398 ZPO durch das Gericht zugelassen werden soll.³

Somit wird überwiegend die Teilbarkeit der bisherigen Prozeßführung beim gewillkürten Parteiwechsel bejaht. Die konkreten Auswirkungen sollen nachstehend beschrieben werden.

dd) Auswirkungen der Teilbarkeit

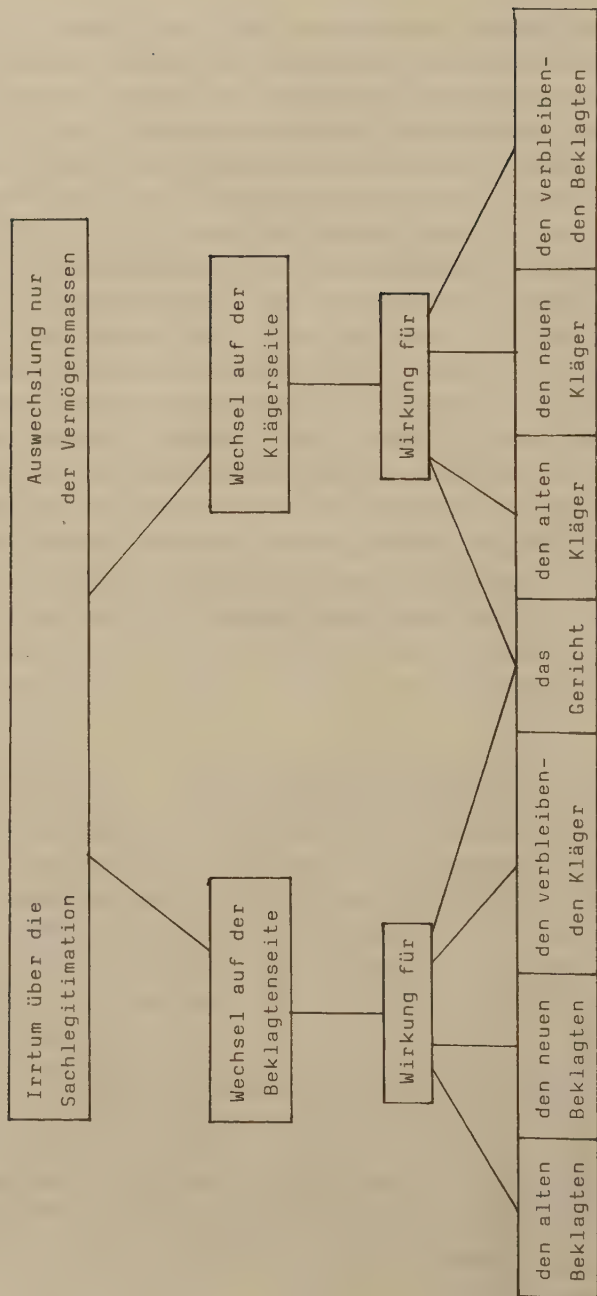
Die Teilbarkeit der Prozeßführung soll für die verschiedenen Fallgruppen im Ergebnis dargestellt werden, wobei auf die Wiedergabe der einzelnen Begründungen verzichtet wird. Es sollen die konkreten Auswirkungen für die einzelnen Beteiligten aufgezeigt werden. Die folgende Übersicht weist den weiteren Gang der Darstellung:

1 so etwa ausdrücklich Rosenberg/Schwab § 42 III 2 a, S. 217f; Jauernig § 86 II, S. 274; der Vollständigkeit halber sei noch auf v. Loeper hingewiesen, der einen gewillkürten Parteiwechsel durch eine Umdeutung der Parteibezeichnung mittels analoger Anwendung des § 140 BGB erreichen will. Seine Begründung, daß eine Einheit zwischen der Partei des Verfahrens und der später in den Prozeß eintretenden Partei bestehe, vermag nicht zu überzeugen; vgl. hierzu v. Loeper, S. 109ff.

2 vgl. de Boor, S. 106 und S. 110.

3 vgl. de Boor, S. 108f.

Der gewillkürte Parteiwechsel



(1) Beim Wechsel auf der Beklagtenseite

(a) Mit dem Ausscheiden des ursprünglichen Beklagten erlischt die Rechtshängigkeit ihm gegenüber ex tunc. In analoger Anwendung des § 269 Abs. 3 Satz 2 und 3 ZPO kann er bereits jetzt einen die Kostenpflicht des Klägers feststellenden Beschluß beantragen.¹ Aus dem im Kostenrecht geltenden Veranlassungsprinzip folgt, daß der neue Beklagte diese bisherigen Kosten nicht zu tragen hat.²

Bereits ergangenen, nicht rechtskräftigen Urteilen wird durch die Parteiänderung jegliche Grundlage entzogen, wie sich aus der analogen Anwendung des § 269 Abs. 3 Satz 1 ZPO ergibt.³ Deshalb verlieren zwischenzeitlich ergangene Urteile ihre Wirkungen.⁴ Die Wirksamkeit seines Ausscheidens kann der ursprüngliche Beklagte in einem sogenannten Zwischenstreit feststellen lassen.

(b) Der neue Beklagte kann einen Teilvergleich oder ein Teilanerkennnis seines Vorgängers widerrufen.⁵ Diese Prozeßhandlungen bezogen sich auf den bisherigen Anspruch. Dem alten Beklagten steht es jedoch nicht zu, über den nach dem Parteiwechsel streitigen Anspruch Verfügungen zu treffen.⁶ Anderenfalls würde der neue Beklagte, der sich in der I. Instanz nicht gegen eine Hineinziehung in den Prozeß wehren kann, in seiner Verteidigungsmöglichkeit erheblich beeinträchtigt.⁷ Hierzu

1 vgl. BGH, LM § 91 ZPO Nr. 12 Leits. C.

2 siehe hierzu Hahn, Materialien, S. 197; sowie §§ 91, 92 II, S. 93ff.

3 so auch Moller, NJW 1966, 1397/1398; ähnlich auch LG Lübeck, SchlHA 1959, 46.

4 so im Ergebnis ebenfalls Franz, S. 118.

5 siehe Jauernig § 86 II, S. 274 m.w.N.

6 vgl. auch Blomeyer § 115 V 1 a, 2, S. 642; Henckel, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß, S. 234f.

7 im Ergebnis auch BGH, LM § 264 ZPO Nr. 14/15; BGH, NJW 1962, 347.

besteht keine Veranlassung, da zwischen dem gegenüber dem ursprünglichen Beklagten und dem jetzt gegen den neuen Beklagten verfolgten Anspruch keine materiell rechtliche Abhängigkeit besteht.¹ Der neue Beklagte ist somit an ein Anerkenntnis oder einen Prozeßvergleich seines Vorgängers nicht gebunden.

Der neue Beklagte kann im ersten Termin zur mündlichen Verhandlung den nunmehr gegen ihn geltend gemachten Anspruch mit der Kostenfolge des § 93 ZPO noch anerkennen.² Der neue Beklagte wird hier erstmals mit dem Anspruch konfrontiert. Hat er keinen Anlaß zur Klage gegeben, muß er entsprechend dem Sinn der Kostenregelung des § 93 ZPO geschützt werden.³

An das Geständnis seines Vorgängers ist der neue Beklagte ebenfalls nicht gebunden. Er kann dies frei widerrufen.⁴ Es ist jedoch als Indiz im fortgesetzten Verfahren anzusehen, das nach § 286 ZPO frei zu würdigen ist.⁵

Ferner kann der neue Beklagte bislang unstreitige Tatsachen nunmehr bestreiten.⁶ Soweit bisher bereits Tatsachen behauptet oder bestritten wurden, Anträge gestellt oder Beweismittel benannt wurden, ist der

1 so auch Rosenberg, ZZP 70, 1/5; Henckel, S. 238 und S. 241; Blomeyer § 115 V 1 b, S. 642; Kisch, S. 87; Nikisch § 116 II 1, S. 461; de Boor, S. 104; vgl. auch OVG Koblenz, AS 5, 382f; Kisch, S. 355.

2 vgl. hierzu Blomeyer § 115 V 3, S. 643; Henckel, Festschrift für Fragistas, S. 238; so auch Rosenberg, ZZP 70, 1/7.

3 vgl. dazu Stein/Jonas/Schönke/Pohle § 93 Anm. 1.

4 vgl. Jauernig § 86 II, S. 274; de Boor, S. 106; Nikisch § 116 II 2, III 3, S. 461f; Thomas/Putzo vor § 50 Anm. 3 a.

5 so auch Henckel, S. 238

6 vgl. Stein/Jonas/Schönke/Pohle § 138 Anm. II 3.

neue Beklagte hieran nicht gebunden. Er kann diesen bisherigen Prozeßstoff sich durch Wiederholung zu eigen machen, muß es aber nicht.¹

Präkludierende Fristsetzungen des Gerichts wirken nicht für den bislang unbeteiligten, neuen Beklagten.²

Er ist ferner nicht an die Einverständniserklärung nach § 128 Abs. 2 ZPO seines Vorgängers gebunden, wonach ohne mündliche Verhandlung entschieden werden sollte.³

Die Bevollmächtigung eines Rechtsanwaltes durch den ursprünglichen Beklagten gilt für den neuen nicht weiter fort.⁴

Die bisherige Entscheidung über einen Prozeßkostenhilfeantrag hat keinen weiteren Bestand. Es muß vielmehr über einen vom neuen Beklagten zu stellenden Antrag erneut entschieden werden.⁵

Eine bereits durchgeführte Beweisaufnahme bindet insoweit, als der neue Beklagte die Wiederholung der Vernehmung einer natürlichen Person beantragen kann.⁶

Der neue Beklagte ist auch nicht an bereits ergangene Urteile gebunden.⁷

1 so auch Franz, S. 147; Krantz, S. 55; Rosenberg, ZZP 70, 1/7; Henckel, S. 239; zur Klarstellung, was der neue Beklagte übernehmen will, wird man analog § 137 Abs. 3 ZPO eine konkrete Bezugnahme verlangen müssen; so auch Franz, S. 147.

2 vgl. Kisch, S. 127; Kisch, JW 1934, 2615f.

3 vgl. BGHZ 11, 27/32; OLG Celle, MDR 1954, 302f; Thomas/Putzo § 128 Anm. III 2 c.

4 siehe de Boor, S. 15; Kisch, S. 41 und S. 101f; Stein/Jonas/Schönke/Pohle § 81 Anm. II 1; Wieczorek § 81 Anm. A II a, a 1; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 81 Anm. 2 A; Rosenberg, Stellvertretung im Prozeß, S. 789f.

5 so auch Tschischgale, NJW 1962, 2134/2135; Stein/Jonas/Schönke/Pohle § 42 Anm. II 1.

6 vgl. de Boor, S. 110; v. Loeper, S. 44.

7 so Jauernig § 24 IV, S. 66; Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht, S. 119; Thomas/Putzo Einl. I 1.

(c) Der im Rechtsstreit verbleibende Kläger wird im wesentlichen an seine Prozeßführung gebunden.

Die Präklusionswirkung einer Fristsetzung gilt für ihn, soweit er nicht aufgrund des Parteiwechsels nunmehr zu einer Änderung oder Ergänzung seines Vortrages gezwungen ist.¹

Eine schon durchgeführte Beweisaufnahme kann der Kläger im Rahmen des § 398 Abs. 1 ZPO nur dann wiederholen lassen, wenn der Parteiwechsel einen Wandel in der Rechts-erheblichkeit einzelner tatsächlicher, gewichtiger Umstände verursacht haben kann.²

Der Kläger ist aber nicht an einen (Teil-)Verzicht nach § 306 ZPO oder (Teil-)Vergleich gebunden.³ An sein bisheriges Geständnis wird er dagegen gebunden.⁴

Die Bevollmächtigung eines Rechtsanwaltes durch den Kläger gilt nach dem Parteiwechsel für ihn fort.⁵

Ferner wird der Kläger an seiner Einverständniserklärung nach § 128 Abs. 2 ZPO nicht festgehalten.⁶

(2) Beim Wechsel auf der Klägerseite

(a) Für den ausscheidenden Kläger beurteilt sich sein Verhältnis zum Beklagten wie das bereits dargestellte Verhältnis des ausscheidenden Beklagten zum Kläger.

1 vgl. BGH, NJW 1955, 707; Pohle, S. 146 und S. 151; Henckel, S. 241.

2 so auch Pohle, S. 145.

3 vgl. Henckel, S. 241.

4 vgl. etwa Henckel, S. 241; Pohle, S. 142 und S. 151.

5 so Krantz, S. 39; Förster/Kann § 81 Anm. 4 c AA; Thomas/Putzo § 81 Anm. 1 c.

6 vgl. de Boor, S. 15; Rosenberg, S. 789f.

Auch hier finden die Regeln der Klagerücknahme analoge Anwendung.¹

(b) Bei Eintritt des neuen Klägers in den Rechtsstreit sind die ihn betreffenden Prozeßvoraussetzungen erneut zu prüfen.² Der verbleibende Beklagte kann sich im Rahmen des § 38 ZPO nunmehr auf eine zwischen ihm und dem neuen Kläger getroffene Gerichtsstandsvereinbarung berufen.³

Eine Bindung des neuen Klägers an Präklusionen, die gegenüber dem ursprünglichen Kläger eingetreten sind, wird nicht angenommen.⁴

Der neue Kläger ist an die Ergebnisse einer Beweisaufnahme insoweit gebunden, als nicht die Rechtserheblichkeit tatsächlicher Umstände sich durch den Parteiwechsel derart ändert, daß im Rahmen des § 398 ZPO die wiederholte Vernehmung von Zeugen oder Sachverständigen nötig wird.⁵ Insoweit kann der neue Kläger die Wiederholung der früheren Vernehmung einer natürlichen Person verlangen.

Bereits ergangene Zwischenurteile nach § 304 ZPO oder ein Teilurteil nach § 301 ZPO wirken für den neuen Kläger nicht.

1 vgl. Pohle, S. 148; siehe auch S. vgl. auch OLG Braunschweig, OLGE 19, 123f; Kisch, S. 189, 197; Arndt, DGWR 1938, 33f; Bernhardt § 32 III 1 a, S. 208; Schneider, Büro 1967, Sp. 701, 709f; Rosenberg, ZZP 70, 1/6.

2 so auch de Boor, S. 104f; Rosenberg, ZZP 70, 1/5.

3 vgl. hierzu de Boor, S. 105; Rosenberg, ZZP 70, 1/5.

4 so etwa Bernhardt § 32 III 1 a, S. 208; Thomas/Putzo § 50 Vorbem. IV 3 a aa; Henckel, S. 238; Blomeyer § 115 IV 1 a, S. 637 und V 2, S. 643; Rosenberg, ZZP 70, 1/5; Nikisch § 116 II 2, S. 461; de Boor, S. 105; a.A. Franz, S. 169; Pohle, S. 146 und S. 149.

5 vgl. de Boor, S. 106; Rosenberg, ZZP 70, 1/5; Henckel, S. 239; Bernhardt § 32 III 1 a, S. 208; Thomas/Putzo § 50 Vorbem. IV 3 a aa.

Der neue Kläger ist an (Teil-)Verzichte oder (Teil-)Vergleiche seines Vorgängers nicht gebunden. Er kann sie frei widerrufen.¹

An ein Geständnis seines Vorgängers ist der neue Kläger ebenfalls nicht gebunden.²

Der neue Kläger kann, ohne eine Zurückweisung wegen Verspätung zu riskieren, nach seinem Eintritt nunmehr Tatsachen bestreiten, die zuvor nach § 138 Abs. 3 ZPO als unstreitig anzusehen waren.³

Ebenso wie der neue Beklagte beim Beklagtenwechsel braucht sich der neue Kläger nicht an der Einverständniserklärung seines Vorgängers zum Verfahren ohne mündliche Verhandlung festhalten zu lassen. Insoweit hat sich eine wesentliche Änderung der Prozeßlage ergeben, die nach § 128 Abs. 2 ZPO einen Eintritt in die erneute mündliche Verhandlung gebietet.

Einigkeit besteht auch darin, daß die vom ursprünglichen Kläger erteilte Prozeßvollmacht nicht automatisch gegenüber dem neuen Kläger gilt.⁴

(c) Der im Rechtsstreit verbleibende Beklagte ist nur teilweise an seine bisherige Prozeßführung gebunden.

Für ihn sind die Prozeßvoraussetzungen neu zu prüfen. Seine vorherige rügelose Einlassung hindert ihn nicht,

1 vgl. Jauernig § 86 II, S. 274; Blomeyer § 115 V 1 a, 2, S. 642; Henckel, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß, S. 234f; vgl. auch BGH, NJW 1962, 347.

2 so auch de Boor, S. 106; Bernhardt § 32 III 1 a, S. 208; Henckel, S. 238; Nikisch § 116 II 2, S. 461; Rosenberg, ZZP 70, 1/5; Jauernig § 86 II, S. 274; Thomas/Putzo § 50 Vorbem. IV 3 a aa; Blomeyer § 115 V 1 a, S. 642; Kisch, S. 192; a.A. Pohle, S. 142f und S. 149; Franz, S. 168f.

3 vgl. Stein/Jonas/Schönke/Pohle § 138 Anm. II 3.

4 vgl. etwa Kisch, S. 193; Wieczorek § 81 Anm. A II a; Stein/Jonas/Schönke/Pohle § 81 Anm. II 1.

nunmehr die Unzuständigkeit des erkennenden Gerichts geltend zu machen.¹

Für die bereits vor dem Klägerwechsel gegenüber dem Beklagten eingetretene Präklusionswirkung gilt folgendes:

Da der Beklagte bereits am Verfahren beteiligt war, bedarf er keines besonderen Schutzes. Jedoch darf sein Vortrag insoweit nicht als verspätet zurückgewiesen werden, als er diesen aufgrund des bisherigen Prozeßverlaufes für nicht erforderlich halten durfte, etwa aufgrund bislang unstreitigen Sachverhaltes. Soweit sein Vortrag aufgrund des Klägerwechsels geändert werden muß, ist er nicht wegen Verspätung ausgeschlossen.

Eine bereits durchgeführte Beweisaufnahme bleibt für den Beklagten weiterhin grundsätzlich verwertbar. Allerdings kann der Beklagte im Rahmen des § 398 Abs. 1 ZPO eine Beweisaufnahme wiederholen lassen, wenn der Parteiwechsel eine Änderung in der Rechtserheblichkeit einzelner tatsächlicher Umstände verursacht hat.

Ein vor dem Parteiwechsel seitens des Beklagten abgeschlossener (Teil-)Vergleich oder (Teil-)Anerkenntnis gilt ebenfalls nicht fort. Diese Prozeßhandlungen betrafen den früheren Streitgegenstand. Auf den nunmehr rechtshängig gewordenen neuen Anspruch beziehen sie sich nicht.²

Da sich der Beklagte nunmehr erstmals dem vom neuen Kläger geltend gemachten Anspruch gegenüber sieht, kann er diesen nunmehr sofort mit der Kostenfolge des § 93 ZPO anerkennen.³

1 so auch de Boor, S. 105f; RGZ 11, 339/340; Wieczorek § 39 Anm. B I; Stein/Jonas/Schönke/Pohle § 39 Anm. II 1.

2 vgl. auch Henckel, S. 241; Pohle, S. 142.

3 so Pohle, MDR 1960, 963; Rosenberg, ZZP 70, 1/5; Henckel, S. 241; de Boor, S. 105.

Der Beklagte wird demgegenüber an sein bisheriges Geständnis gebunden.¹

Das früher vom Beklagten erklärte Einverständnis mit einem Verfahren ohne mündliche Verhandlung nach § 128 Abs. 2 ZPO hat ebenfalls seine Grundlage verloren. Sein Einverständnis bezog sich nur auf den zuvor rechtshängigen Streitgegenstand.²

Nachdem die Teilbarkeit der bisherigen Prozeßführung beim gewillkürten Parteiwechsel in ihren tatsächlichen Auswirkungen dargestellt wurde, soll nunmehr die Übertragbarkeit auf die Prozeßführungsgenehmigung erörtert werden. Die für den gewillkürten Parteiwechsel gefundenen Ergebnisse sind auf eine Teilbarkeit der Prozeßführung anlässlich ihrer Genehmigung zu übertragen, wenn beide Institute miteinander vergleichbar sind.

b) Übertragbarkeit dieser Regeln auf die Prozeßführungsgenehmigung

aa) Beiden Bereichen ist gemeinsam, daß der Rechtsstreit nunmehr von anderen Personen fortgeführt wird, die zuvor am Verfahren nicht beteiligt gewesen sind. Für die weitere Prozeßführung zeigt sich jeweils eine andere Person verantwortlich.

Beim Parteiwechsel tritt eine neue Partei anstelle einer ausscheidenden Partei in den Rechtsstreit ein. Es findet also ein Personenwechsel statt, der eine Änderung des Streitgegenstandes zur Folge hat.³ Zwar kann in den Fällen der Prozeßführungsgenehmigung und der sich anschließenden Fortführung des Rechtsstreites durch den

1 vgl. Thomas/Putzo § 50 Vorbem. IV 3 a; Kisch, S. 181; de Boor, S. 139; Jauernig § 86 II, S. 274; vgl. de Boor, S. 144; Blomeyer § 115 IV 1 a, S. 637.

2 vgl. hierzu S. 125 dieser Arbeit.

3 vgl. hierzu S. 106ff dieser Arbeit.

Genehmigenden selbst keine Rede von einer Streitgegenstandsänderung sein. Insoweit besteht keine Vergleichbarkeit. Jedoch nimmt hier ein Dritter, zuvor nicht am Rechtsstreit ordnungsgemäß Beteiligter Einfluß auf den Fortgang des Rechtsstreites.¹ Dieser Gesichtspunkt ist auch auf die während eines Rechtsstreites prozeßfähig gewordene Partei übertragbar. Sie war bislang nicht ordnungsgemäß im Rechtsstreit vertreten und konnte somit keine rechtswirksamen Prozeßhandlungen vornehmen. Erst jetzt wird durch Erlangung der Prozeßfähigkeit diese Partei als einsichtsfähig angesehen und kann daher die eigene Prozeßführung genehmigen. Daher erscheint auch hier eine Gleichbehandlung mit demjenigen, der zuvor überhaupt nicht am Rechtsstreit beteiligt gewesen ist, zulässig. Genehmigt ein gesetzlicher Vertreter eines Prozeßunfähigen dessen bisherige Prozeßführung und führt den Rechtsstreit selber fort, drängt sich eine Ähnlichkeit mit dem Fall des gewillkürten Parteiwechsels auf. In früherer Zeit wurde die Ansicht vertreten, wonach der gesetzliche Vertreter eines Prozeßunfähigen als die Partei des Rechtsstreits angesehen wurde.² Nach dieser Ansicht bestehen keine Bedenken, einen gewillkürten Parteiwechsel und die Prozeßführungsgenehmigung gleich zu behandeln. Danach träte eine neue Partei in den Rechtsstreit ein, wenn sie nach Erteilung der Prozeßführungsgenehmigung den Rechtsstreit fortsetzt.

1 vgl. auch RGZ 29, 413, wo ein eigenes Prozeßrechtsverhältnis zwischen dem vollmachtlosen Vertreter und seinem Gegner angenommen wird; ähnlich auch Eccius, Gruchot 29, 6, der eine Klage des falsus procurator als dessen eigene ansieht; vgl. auch Karpinski, S. 32.

2 so etwa Oetker, Jur. Litbl. 1890 (Jg. 5), S. 188ff; Stegemann, ZJP 17, 326ff; vgl. auch Petersen, Über den Parteibegriff und die Parteifähigkeit, ZJP 18, 1ff/5 und 36, der für diese Fälle eine Erweiterung des Parteibegriffs vorschlägt; zu dieser Frage auch Bunsen, Parteien im Civilprozeß, ZJP 26, 197ff; Karpinski, S. 13.

Diese Auffassung wird jedoch heute nicht mehr vertreten. Allerdings wird dem gesetzlichen Vertreter im Rechtsstreit eine parteiähnliche Stellung zugebilligt.¹ Der gesetzliche Vertreter nimmt alle Prozeßhandlungen für die prozeßunfähige Partei wahr und schaltet diese von einer eigenen prozessualen Betätigung aus. Er hat im Prozeß die Befugnisse und Pflichten einer Partei gegenüber Gericht und Gegner.² Dies zeigt sich auch darin, daß der Prozeßunfähige im Umkehrschluß aus § 455 Abs. 2 ZPO Zeuge sein kann.³ Dagegen scheidet der gesetzliche Vertreter als Zeuge aus.⁴

bb) Die Zulassung einer teilbaren Prozeßführungsgenehmigung beendet ferner einen bislang in Kauf genommenen Widerspruch zweier gleichgelagerter Fälle. Wenn der gesetzliche Vertreter die in seinem eigenen Namen erhobene Klage nach Feststellung seiner fehlenden Aktivlegitimation nunmehr als gesetzlicher Vertreter weiterführt, wird dies allgemein als ein Fall des Parteiwechsels angesehen.⁵ Hier wird eine Teilbarkeit der Prozeßführung für zulässig gehalten. Im Fall der Fortführung des vom Prozeßunfähigen begonnenen Rechtsstreites durch den gesetzlichen Vertreter durch Übernahme und Genehmigung der bisherigen Prozeßhandlungen soll dagegen der bisherige Rechtsstreit ohne die Möglichkeit einer Teilbarkeit der bisherigen Prozeßführung übernommen werden müssen. Es erscheint nicht

1 so Gebler, S. 25; Stein/Jonas/Schönke/Pohle § 51 Anm. IV 1; Thomas/Putzo § 51 Anm. III 4 a; vgl. auch schon Hellwig, Lehrbuch II, S. 396; RGZ 66, 240/242.

2 so auch RGZ 66, 240/242; vgl. auch ausdrücklich Hahn, Motive, S. 169 (zu § 50).

3 so auch Thomas/Putzo § 373 Vorbem. 3 a; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann Übers. vor § 373 Anm. 2 B; vgl. auch BGH, NJW 1965, 2253.

4 vgl. Grundmann, S. 63f.

5 OLG München, LZ 1927, 1562 Nr. 5; Bernhardt § 32 III 1, S. 206.

einsichtig, diese vergleichbaren Fälle unterschiedlich zu behandeln.

cc) Ferner wirkt die Rechtskraft eines Urteils gem. § 325 Abs. 1 ZPO nur zwischen den Parteien. Der gesetzliche Vertreter kann jedoch gerade nach § 579 Abs. 1 Nr. 4 ZPO die Rechtskraft eines gegen sein Mündel ergangenen Urteils beseitigen. Daher ist auch bei Zugrundlegung dieser Ansicht es gerechtfertigt, von einer Vergleichbarkeit eines gewillkürten Parteiwechsels mit der Prozeßführungsgenehmigung auszugehen.¹

dd) Auch in den Fällen einer vollmachtlosen Vertretung innerhalb eines Rechtsstreites ist eine Vergleichbarkeit der Prozeßführungsgenehmigung mit dem gewillkürten Parteiwechsel festzustellen. Der eigentlich von Beginn an zur Prozeßführung Berufene erlangt erst in einem späteren Verfahrensabschnitt, also nach Vornahme unwirksamer Prozeßhandlungen durch einen falsus procurator, von dem bisherigen Prozeßgeschehen Kenntnis. Er konnte auf die ihm nunmehr zur Genehmigung unterbreitete Prozeßführung bislang keinen Einfluß nehmen. Erst jetzt kann er Einfluß nehmen, indem er die Genehmigung erteilt oder ablehnt. Ferner kann er selbst oder durch einen von ihm bestimmten Vertreter den Rechtsstreit fortführen. Auch in diesem Fall wird eine dritte, bislang am Rechtsstreit nicht beteiligte Person tätig. In beiden Fällen hat eine sachlich hierzu nicht berechnete Person das Verfahren geführt und entsprechend beeinflußt.

Sowohl beim gewillkürten Parteiwechsel als auch in den Fällen, in denen eine Prozeßführungsgenehmigung erforderlich ist, liegt keine automatisch bindende Prozeßführung vor. In beiden Fällen hat der neu in den Rechtsstreit Eintretende zu bestimmen, in welchem Um-

1 Auch wenn es sich um den gesetzlichen Vertreter handelt, ist eine Gleichstellung mit einem gesetzlichen Parteiwechsel nicht gerechtfertigt; denn dieser hat ein Wahlrecht, ob er den Prozeß fortführen will.

fang er die bisherige Prozeßführung für sich gelten lassen will. In den Fällen einer Prozeßführungsgenehmigung ist bislang anerkannt, daß der zur Genehmigung Aufgerufene entscheiden kann, ob er eine Genehmigung ausspricht oder nicht.

ee) Für eine Vergleichbarkeit spricht weiter, daß sowohl beim gewillkürten Parteiwechsel als auch bei der Prozeßführungsgenehmigung jeweils Prozeßhandlungen in den Rechtsstreit eingeführt wurden, die zunächst einmal als Faktum vorliegen. Ob eine Prozeßhandlung wirksam ist oder nicht, kann man ihr nicht ansehen. Diese Feststellung der Wirksamkeit und ihrer gleichzeitigen Weitergeltung im Verfahren muß nach einheitlichen Gesichtspunkten erfolgen. Anderenfalls entstünde hierdurch gerade eine Rechtsunsicherheit.

ff) Letztlich spricht ein weiterer Umstand für eine Gleichbehandlung dieser Fälle: Zwar ist die bisherige Prozeßführung beim gewillkürten Parteiwechsel wirksam im Gegensatz zu derjenigen bei der Prozeßführungsgenehmigung. Hier soll gerade die unwirksame Prozeßführung durch eine Genehmigung wirksam werden. Dieser Unterschied läßt jedoch eine Gleichbehandlung gerade zu. Im Falle einer Prozeßführung durch einen Prozeßunfähigen oder vollmachtlosen Vertreter sollen der Prozeßunfähige und der Vertretene besonders geschützt werden, wenn die Unwirksamkeit der bisherigen Prozeßführung durch eine Genehmigung geheilt werden soll. Beim gewillkürten Parteiwechsel fehlt dieses Schutzbedürfnis. Dennoch wird dort eine Teilbarkeit der Prozeßführung zugelassen, um die Interessen der Beteiligten ausreichend zu schützen. Die Schutzfunktion einer Teilbarkeit der Prozeßführung muß dann aber erst recht für die Fälle der Genehmigung einer unwirksamen Prozeßführung gelten. Durch eine solche Teilbarkeit werden die Interessen eines Prozeßunfähigen oder ohne Vollmacht Vertre-

tenen besonders geschützt, wenn nur die für sie unschädlichen bisherigen Prozeßhandlungen genehmigt werden.

gg) Gegen eine Übernahme der Teilbarkeit beim gewillkürten Parteiwechsel auf die Prozeßführungsgenehmigung spricht zunächst wieder die vom Bundesgerichtshof bemühte Manipulationsgefahr durch unredliche Beteiligte.¹ Diese Möglichkeit wird beim gewillkürten Parteiwechsel jedoch in Kauf genommen, da auch dort zunächst ein Kläger auftreten kann, ohne aktivlegitimiert zu sein. Hat das Gericht dann seine Rechtsansicht insgesamt geäußert, kann der Aktivlegitimierte den Rechtsstreit übernehmen und dabei die ungünstigen Prozeßhandlungen seines Vorgängers durch Genehmigung nur der günstigen beseitigen. Auch hier ist also eine sogenannte "Vorprüfung" denkbar, die jedoch zugelassen wird. Dann kann dieser Einwand erst recht nicht gegenüber einer Teilbarkeit der Prozeßführungsgenehmigung erhoben werden, da hier eine wesentlich stärkere Schutzfunktion für den zur Prozeßführung Berechtigten besteht.² Daher vermag die vom Bundesgerichtshof angeführte Manipulationsmöglichkeit einer Teilbarkeit der Prozeßführungsgenehmigung nicht entgegen zu stehen.

Der Bundesgerichtshof lehnt eine Teilbarkeit auch deshalb ab, da hierdurch das Verfahren unübersichtlich werden soll. Die Übersichtlichkeit des Rechtsstreits stehe jedoch im öffentlichen Interesse.³ Dabei wird ebenfalls übersehen, daß eine Unübersichtlichkeit des Verfahrens, soweit man davon überhaupt sprechen kann, beim gewillkürten Parteiwechsel infolge der Teilbarkeit der Prozeßführung in Kauf genommen wird. Eine derartige Unübersichtlichkeit infolge einer Teilbarkeit kann sowohl beim

1 vgl. BGHZ 92, 137/141.

2 vgl. hierzu bereits S. 81f dieser Arbeit.

3 vgl. BGHZ 92, 137/141.

gewillkürten Parteiwechsel als auch bei der Prozeßführungsgenehmigung durch einen bestimmenden Schriftsatz vermieden werden. Hierdurch wird für alle Prozeßbeteiligten klar, welche Prozeßhandlungen wirksam bleiben bzw. werden. Insoweit betrifft der vom BGH zu entscheidende Fall eine Besonderheit, als es um die Erteilung eines Patentes ging. Dabei ist der Erteilung ein Verfahren bei der Erteilungsbehörde vorgeschaltet. Daher kann der Gesichtspunkt einer etwaigen Unübersichtlichkeit ebenfalls nicht der Gleichbehandlung beider Fälle entgegenstehen.

Nach Auffassung des Bundesgerichtshofes spricht auch das Gebot der Rechtssicherheit gegen eine Teilbarkeit.¹ Hier soll offensichtlich der Prozeßführungsgenehmigung eine Art Rechtskraftwirkung zukommen. Die bisherige Prozeßführung soll entweder ganz oder gar nicht wirksam sein, jedenfalls soll ein endgültiger Zustand erreicht werden.

Auch hier läßt sich zunächst einwenden, daß bei Zulässigkeit einer Teilbarkeit durch einen bestimmenden Schriftsatz exakt festgelegt wird, welche Prozeßhandlungen übernommen werden. Unsicherheit entsteht hierdurch nicht.

Ferner wird ein Vertrauen einer Partei auf den unveränderlichen Zustand einer bestimmten Lage des Rechtsstreites nicht geschützt. Insoweit kann eine Genehmigung gerade auch völlig verweigert werden.² Der Genehmigende soll gerade so gestellt werden, als hätte er den Prozeß selbst geführt. Der Gegner soll keine Vorteile daraus erlangen dürfen, daß ein hierzu nicht Berechtigter, der möglicherweise den gesamten Sachverhalt nicht kennt, den Rechtsstreit führt.

Gerade diese Gesichtspunkte führten beim gewillkürten Parteiwechsel zur Zulassung der Teilbarkeit. Die Kon-

1 vgl. BGHZ 92, 137/141f.

2 siehe hierzu bereits S. 91f dieser Arbeit.

tinuität des Verfahrens sollte die neue Partei nicht benachteiligen.¹ Es erscheint nicht einsichtig, bei der Prozeßführungsgenehmigung, deren Schutzgedanke bereits mehrfach erwähnt wurde, anders zu verfahren. Vielmehr wird die im Interesse aller Verfahrensbeteiligten liegende Genehmigung eher erteilt, wenn vor Fortsetzung des Rechtsstreits Korrekturen an der bisherigen Prozeßführung vorgenommen werden können, wie es beim gewillkürten Parteiwechsel bereits möglich ist. Die vom Bundesgerichtshof recht pauschal aufgeführten Gründe gegen eine Teilbarkeit vermögen nicht zu überzeugen.

Daher können die Regeln über die Teilbarkeit der bisherigen Prozeßführung beim gewillkürten Parteiwechsel auf die Prozeßführungsgenehmigung übertragen werden.

Im folgenden sollen die sich hieraus ergebenden Konsequenzen im einzelnen dargestellt werden.

c) Auswirkung auf die Teilbarkeit der bisherigen Prozeßführung anlässlich ihrer Genehmigung

Bei der folgenden Darstellung der sich aus der Gleichbehandlung ergebenden Konsequenzen soll zwischen einer Genehmigung auf der Beklagtenseite und auf Seiten des Klägers unterschieden werden, um die einzelnen Auswirkungen der Teilbarkeit für die Prozeßbeteiligten aufzuzeigen.

aa) Prozeßführungsgenehmigung auf der Beklagtenseite

(1) Bisherige Prozeßhandlungen des Beklagten

Die weitestreichenden Prozeßhandlungen einer Partei sind diejenigen, die ohne Vermittlung einer gerichtlichen Tä-

¹ vgl. Jauernig § 86 II, S. 274.

tigkeit eine Verfügung über den ganzen oder doch teilweisen Streitgegenstand enthalten.

Hierzu gehören Teilanerkennnis und Teilvergleich.¹ Zu einer derartigen Verfügung sind aber weder der Prozeßunfähige, noch der falsus procurator nach materiellem Recht befugt. Eine entsprechende Verfügung eines Nichtberechtigten führte beim gewillkürten Parteiwechsel zur Zulassung einer Teilbarkeit der Prozeßführung.² Da der die bisherige Prozeßführung Genehmigende und den Rechtsstreit Fortführende in seinen Verteidigungsmöglichkeiten nicht beeinträchtigt werden soll, kann eine Bindung nicht angenommen werden.

Im Umkehrschluß kann hieraus gleichzeitig gefolgert werden, daß der den Rechtsstreit Fortsetzende nunmehr im ersten Termin zur mündlichen Verhandlung den gegen ihn, bzw. gegen den Prozeßunfähigen geltend gemachten Anspruch mit der Kostenfolge des § 92 ZPO noch anerkennen kann. In diesem Verhandlungstermin wird der Beklagte erstmals seit dem Eintritt seiner ordnungsgemäßen Vertretung mit dem Anspruch konfrontiert. Wenn er somit keinen Anlaß zur Klage gegeben hat, muß er entsprechend dem Sinn der Kostenregelung des § 92 ZPO geschützt werden.

Eine vergleichbare Wirkung wie ein Anerkenntnis oder Vergleich hat ein Geständnis. Nach § 288 Abs. 1 ZPO ist für eine zugestandene Tatsache ein Beweis nicht mehr erforderlich. Die betreffende Tatsache ist unstreitig. Für eine Bindungswirkung scheint zu sprechen, daß das Geständnis sich nur auf Tatsachen bezieht und als Wissenserklärung der Wahrheitspflicht

1 so auch Jauernig § 24 IV, S. 66; Rosenberg/Schwab § 64 II 1, S. 363; Thomas/Putzo Einl. I 1; Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht, S. 119.

2 vgl. hierzu S. 119ff dieser Arbeit.
vgl. auch Schönke/Kuchinke § 28 IV, S. 128.

unterliegt.¹ Das bewußt unwahre Geständnis einer Partei ist mit Rücksicht auf die Verfügungsbefugnis einer Partei über den Prozeß grundsätzlich wirksam.²

Andererseits sind die weitreichenden Folgen eines Geständnisses hier besonders zu berücksichtigen. Nach § 288 Abs. 1 ZPO bedürfen die zugestandenen Tatsachen keines Beweises mehr und sind vom Gericht als wahr zu unterstellen. Daher kann das Geständnis des Vorgängers das weitere Verfahren für den neuen Beklagten nachteilig gestalten. In seiner Wirkung steht es einer Verfügung über den Streitgegenstand gleich.³ Wenn jedoch jemand einen Rechtsstreit führt, ohne hierzu befugt zu sein, dürfen seine Prozeßhandlungen keine einer Verfügung gleichkommende Wirkung haben. Daher braucht ein Geständnis nicht genehmigt zu werden. Hierfür spricht auch, daß der zur Prozeßführung Berechtigte aus tatsächlichen Gründen vielfach die Lage besser einschätzen und sein prozessuales Verhalten dementsprechend einrichten kann. Wenn etwa ein Prozeßunfähiger aus Unkenntnis über eine Aufrechnungslage Tatsachen zugestanden hat, darf daraus der Gegner keinen Vorteil ziehen. Auch wenn sein Vorgänger ein bewußt unwahres Geständnis abgegeben hat, ist dies für ihn nicht bindend. Die Bindungswirkung an ein bewußt unwahres Geständnis ist als Sanktion für die Verletzung der Wahrheitspflicht anzusehen.⁴ Der Prozeßführungsberechtigte hatte hierauf jedoch keinen Einfluß, so daß ihn diese Sanktion nicht treffen darf. Dies gilt insbesondere für den ohne Vollmacht vertretenen Beklagten. Aber auch der

1 vgl. hierzu allgemein Schoofs, Entwicklung und aktuelle Bedeutung der Regeln über Geständnis und Nichtbestreiten im Zivilprozeß, S. 165ff; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 288 Vorbem. 3.

2 vgl. VGL, BGHZ 37, 155f; BGH, NJW 1978, 2157; a.A. Bernhardt, JZ 1963, 245ff.

3 so auch Henckel, S. 238.

4 vgl. hierzu BGHZ 37, 154/155.

Prozeßunfähige soll gerade vor Nachteilen seiner Prozeßführung geschützt werden, so daß auch hier das bisherige Geständnis nicht bindet.

Der Genehmigende ist ebenfalls nicht gehindert, nunmehr das zu bestreiten, was zuvor nicht bestritten wurde. Wenn ein zur Prozeßführung nicht Berufener Tatsachen unbestritten ließ, gelten diese gem. § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden. Der Prozeßunfähige oder der falsus procurator dürfen jedoch über den Streitgegenstand weder teilweise noch ganz verfügen. Die Geständnisfiktion des § 138 Abs. 3 ZPO kann jedoch zu einer derartigen Verfügung führen. Daher darf der Genehmigende auch jetzt noch bestreiten.

Dabei braucht der Genehmigende nicht eine Zurückweisung seines Bestreitens als verspätet zu befürchten. Er hatte keine frühere Möglichkeit, auf den Rechtsstreit Einfluß zu nehmen. Daher kann ein neuerliches Bestreiten des Genehmigenden nicht als verspätet zurückgewiesen werden.

Ferner ist eine Bindung an bisherige Anträge und Beweis-antritte nicht anzunehmen. Insoweit soll der zur Prozeßführung Berechtigte durch die Fortsetzung des Rechtsstreites keine Nachteile erleiden dürfen. Der Prozeßunfähige bzw. der vollmachtlose Vertreter können derartige Anträge in Unkenntnis des genauen Sachverhaltes gestellt haben und damit sich bzw. dem Vertretenen erheblichen Schaden zufügen. Andernfalls wäre der Genehmigende etwa daran gehindert, aus Kostengründen eine Teilforderung anzuerkennen. Er wäre an den bisherigen Antrag gebunden, was namentlich bei einer anstehenden Beweisaufnahme durch Anfallen der Beweisgebühr nach § 31 Abs. 1 Nr. 3 BRAGO erhebliche Kosten nach sich ziehen kann.

Ferner besteht keine Bindung an eine Einverständniserklärung des vollmachtlosen Vertreters oder des Prozeßunfähigen, wonach gem. § 128 Abs. 2 ZPO ohne mündliche

Verhandlung entschieden werden darf. Vielmehr muß dem den Rechtsstreit Fortsetzenden das Recht zugestanden werden, seinen Standpunkt und seine Auffassung mündlich darlegen zu können. Wenn bei Fortsetzung des Rechtsstreites die Schwerpunkte durch den zur Prozeßführung Berufenen anders gesetzt werden, erscheint eine mündliche Verhandlung tunlich.

Die Bevollmächtigung eines Rechtsanwaltes durch den vollmachtlosen Vertreter oder den Prozeßunfähigen, die ebenfalls Prozeßhandlung ist¹, bindet für die weitere Prozeßführung nicht. Vielmehr kann der den Rechtsstreit Fortsetzende einen Rechtsanwalt nach eigener Wahl beauftragen.

Ob eine Bindung an eine bereits durchgeführte Beweisaufnahme verneint werden kann, bedarf einer näheren Prüfung.

Für eine Bindungswirkung spricht zunächst, daß Beweisnahmen die tatsächlichen Grundlagen für eine Entscheidung des Gerichts erbringen sollen. Diese stehen objektiv fest. Sie sind rechtlich neutral und nicht auf eine bestimmte Rechtsfolge fixiert.²

Deshalb erscheint es bis auf den Zeugenbeweis als ausgeschlossen, daß der Genehmigende gegenüber der bisherigen Beweisaufnahme geltend machen kann, ein bestimmtes Beweismittel im Gegensatz zur bisherigen Prozeßführung nicht ins Verfahren eingeführt zu haben, wenn er von Anfang an die Prozeßführung innegehabt hätte. Wäre in der bisherigen Prozeßführung ein entscheidungserhebliches Beweismittel bekannt geworden, hätte das Gericht von Amts wegen gem. § 144 ZPO den Beweis erheben können.

Letztlich kann dieser Einwand jedoch auch beim Zeugenbeweis nicht durchdringen. Insoweit hat ein Zeuge gem.

1 so auch OGHZ 4, 278f; Jauernig § 30 IV, S. 93.

2 vgl. Pohle, Festschrift für Fragistas, S. 142.

§ 395 Abs. 1 ZPO nur die Wahrheit zu sagen, was auch dem neuen Beklagten nach § 138 Abs. 1 ZPO obliegt. Daher dient die Zeugenvernehmung dem Ziel, die tatsächlichen Umstände der Wahrheit gemäß aufzuklären. Die bisherigen Beweisaufnahmen dienen ebenfalls der Erforschung der Wahrheit. Dies stellt einen solch übergeordneten Gesichtspunkt dar, daß individuelle Parteiinteressen zurückzutreten haben. Daher könnte man auf eine Bindungswirkung schließen.

Gegen eine derartige Bindungswirkung spricht jedoch, daß durch die Prozeßführungsgenehmigung die Zuständigkeit des Gerichts gewechselt haben kann.¹ Das jetzt mit der Sache befaßte Gericht konnte sich keinen unmittelbaren Eindruck von Zeugen oder Sachverständigen verschaffen. Zwar sind vom Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme nach § 355 Abs. 1 ZPO bereits Ausnahmen in §§ 375, 372 Abs. 2, 375, 434 ZPO geschaffen worden. Zumindest hier ist eine Verwertung im Wege des Urkundenbeweises möglich.² Jedoch führen diese Ausnahmen von der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme nicht dazu, daß eine gesamte Beweisaufnahme diesem obersten Grundsatz der ZPO nicht mehr zu entsprechen habe.

Gegen eine Bindung spricht weiter, daß der Genehmigende darüber hinaus die erneute Vernehmung eines bereits vor seiner Übernahme des Verfahrens vernommenen Zeugen, Sachverständigen oder Klägers gem. §§ 398 Abs. 1, 402, 451 ZPO verlangen kann.³ Dem neuen Beklagten steht ebenfalls ein Fragerecht zu. Die bisherige Beweisaufnahme kann durch das persönliche Verhalten des Prozeßunfähigen oder falsus procurator beeinflußt worden sein. Dieser kann auf seine Teilnahme, Fragerecht

1 vgl. hierzu S. 120ff dieser Arbeit.

2 siehe hierzu Kisch, S. 133; Blomeyer § 115 IV 1 a, S. 636; RG, Warn Rspr. 1934, 297/298 Nr. 142.

3 siehe hierzu BAG, AP § 175 BGB Nr. 1.

oder Verteidigung verzichtet haben.

Zwar steht die Wiederholung einer Beweisaufnahme nach § 398 ZPO im Ermessen des Gerichts. Nach § 367 ZPO analog ist eine nachträgliche Beweisaufnahme bis zum Schluß derjenigen mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, auf Antrag anzuordnen, wenn das Verfahren dadurch nicht verzögert wird oder wenn der gesetzliche Vertreter eines Prozeßunfähigen glaubhaft macht, ohne sein Verschulden außerstande gewesen zu sein, in dem früheren Termin zu erscheinen. Die analoge Anwendung des § 367 ZPO ist erforderlich, da der Prozeßunfähige Partei ist und nicht der abwesende gesetzliche Vertreter. Falls das Ausbleiben glaubhaft entschuldigt werden kann, wird allgemein eine Verpflichtung des Gerichts zur Wiederholung der Beweisaufnahme angenommen, wenn keine Verzögerung eintritt.¹ In den hier zu untersuchenden Fällen war der zur Prozeßführung Berechtigte zur Zeit der Beweisaufnahme am Rechtsstreit überhaupt noch nicht beteiligt und konnte deshalb hiervon auch keine Kenntnis haben. Daher ist für diese Fälle erst recht von einer Pflicht des Gerichts zur Wiederholung der Beweisaufnahme auf entsprechenden Antrag des Beklagten auszugehen.

Im übrigen wäre anderenfalls der tragende Grundsatz der Parteiöffentlichkeit nach § 357 Abs. 1 ZPO verletzt.²

Ferner ist es nicht ohne Einfluß auf das Ergebnis einer Zeugenbefragung, ob die mit dem Sachverhalt wesentlich näher vertraute Person an der Beweisaufnahme teilnimmt oder nicht.³ Nur diese prozeßführungsberechtigte Person kann gegenüber dem Gericht eine sachdienliche Be-

1 vgl. Thomas/Putzo § 398 Anm. 1; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 398 Anm. 2 b.

2 siehe Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 357 Anm. 1.

3 so auch v. Loeper, S. 44.

weiswürdigung vornehmen.¹ Die Teilnahme an der Beweis-
aufnahme vermittelt eine genauere Beurteilungsmöglich-
keit eventueller Berufungsaussichten. Daher kann der
Genehmigende gem. §§ 398 Abs. 1, 402, 451 i.V.m. § 367
ZPO analog die Wiederholung einer früheren Vernehmung
von Zeugen, Sachverständigen oder des Gegners beantra-
gen.² Dabei obliegt es oftmals seinem Geschick, ob
ein verändertes Ergebnis gegenüber der bisherigen Be-
weisaufnahme erreicht werden kann.

(2) Die gerichtlichen Handlungen

Der die bisherige Prozeßführung Genehmigende kann bei
Fortsetzung des Rechtsstreites durch ihn Prozeßhinder-
nisse, wie etwa eine zwischen ihm und dem Kläger ver-
einbarte Schiedsgerichtsabrede oder eine nach § 38 ZPO
zulässige Gerichtsstandsvereinbarung bis zur nächsten
mündlichen Verhandlung nach seiner Genehmigungserklä-
rung einwenden. Soweit in der Nichterhebung solcher
Einwendungen ein Verzicht liegt, kann dieser widerrufen
werden.³ Das Gericht hat daher die Zuständigkeit
neu zu überprüfen.

Da der Genehmigende die bisherige Prozeßführung nur
teilweise bei Fortsetzung des Rechtsstreits zu über-
nehmen hat, kann damit auch die Basis für ein bereits
ergangenes Zwischenurteil nach § 204 ZPO oder ein Teil-
urteil nach § 301 ZPO wirkungslos werden. Werden nun-
mehr, entsprechend den obigen Ausführungen, bestimmte
Tatsachen streitig, über die bereits aufgrund des vor-

1 Nach dem Bericht der Kommission zur Vorbereitung der
Reform der Zivilgerichtsbarkeit 1961, S. 240 ent-
scheidet in den meisten streitigen Fällen die Beweis-
würdigung.

2 vgl. auch Schönke/Kuchinke § 28 IV, S. 128.

3 vgl. zur Frage eines Widerrufs BGH, NJW 1985,
2334f m.w.N.

herigen Nichtbestreitens seitens des Prozeßunfähigen oder vollmachtlosen Vertreters eine Teilentscheidung ergangen ist, entfällt die Basis für derartige Entscheidungen.

Der zur Prozeßführung Berechtigte war bislang am Verfahren nicht beteiligt und hatte hiervon keinerlei Kenntnis. Daher kann das erkennende Gericht zum jetzigen Zeitpunkt keine Entscheidung treffen. Somit verlieren Verkündungstermine nach §§ 283, 310 ZPO ihre Wirkung. Es muß erneut verhandelt werden, da der zur Prozeßführung Berufene sich zum bisherigen Streitstand erklären muß. Bereits festgesetzte Termine können somit bestehen bleiben, wenn die Einlassungsfrist für den Berechtigten gewahrt werden kann.

Entscheidungen über die Ablehnung eines Richters oder eines Sachverständigen können nunmehr hinfällig werden. Bestehen etwa persönliche Beziehungen zwischen dem gesetzlichen Vertreter und einem Richter, muß über einen Befangenheitsantrag erneut entschieden werden.¹

Wie bereits ergangene Beweisbeschlüsse des Gerichts zu behandeln sind, entscheidet sich danach, in welcher Form der Rechtsstreit nunmehr fortgeführt wird. Dies hängt wiederum davon ab, welche Teile der bisherigen Prozeßführung genehmigt werden und somit Grundlage einer Entscheidung sind.²

(3) Auswirkung für den Kläger

Für den Kläger des Rechtsstreites, der sich aufgrund der nur eingeschränkt erteilten Genehmigung der bisherigen Prozeßführung einer neuen Situation gegenüber sieht, ist von Bedeutung, in welcher Form er an seine

1 vgl. auch Stein/Jonas/Schönke/Pohle § 42 Anm. II 1.

2 vgl. für den gewillkürten Parteiwechsel Franz, S. 140.

bisherige Prozeßführung gebunden ist. Der Kläger hat von Beginn an den Rechtsstreit selbst geführt. Daher bleibt er an sein eigenes bisheriges Geständnis gebunden. Es handelt sich hierbei um seine eigenen Erklärungen, die ausschließlich den Sachverhalt betreffen. Darauf ist ohne Einfluß, ob sein Gegenüber zur Prozeßführung berechtigt ist oder nicht.

Der Kläger bleibt an einen Teilverzicht, den er im laufenden Rechtsstreit erklärt hatte, nicht gebunden. Einer solchen Vereinbarung ist die Basis entzogen. Der Kläger muß damit rechnen, daß der Rechtsstreit nun einen anderen als den von ihm geplanten Verlauf nehmen kann. Demgegenüber muß dem Kläger aufgrund der nunmehr veränderten Situation gestattet werden, sich hierauf einzurichten. Der Kläger wird daher durch seine bisherige Prozeßführung nicht gehindert, nunmehr weitere Tatsachen und Beweisanträge vorzubringen, wenn dies aufgrund des nunmehr geänderten Sachvortrages seines Gegners erforderlich wird. Dieses Vorbringen darf nicht als verspätet zurückgewiesen werden. Der Kläger konnte sich auf diese für ihn neue Situation nicht einrichten.

Ferner ist der Kläger an die Bevollmächtigung seines Rechtsanwaltes gebunden. Nach § 81 ZPO bezieht sich seine erteilte Vollmacht auf den "Rechtsstreit". Die Identität des Rechtsstreits bleibt im Falle der Genehmigung der bisherigen Prozeßführung gewahrt.¹ Sie ändert sich gem. § 81 ZPO auch nicht bei einer Widerklage oder einer Klageänderung durch Anspruchsauswechse-

¹ vgl. die entsprechende Argumentation für den gewillkürten Parteiwechsel: Henckel, S. 241; Pohle, S. 146; BGH, NJW 1955, 707; Krantz, S. 39; Thomas/Putzo § 81 Anm. 1 c; Förster/Kenn § 81 Anm. 4 c AA; Stein/Jonas/Schönke/Pohle § 81 Anm. II 1; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 81 Anm. 2 A; Rosenberg, Stellvertretung im Prozeß, S. 788

lung, obwohl es sich dabei um neue Ansprüche handelt.¹ Bei der Widerklage liegt sogar eine neue Klage vor, die nur aus Vereinfachungsgründen mit der Klage verbunden wird. Die Prozeßvollmacht umfaßt darüber hinaus eine Hauptintervention. Sie berechtigt also auch zur Vertretung gegenüber einem Dritten, der einen selbständigen Prozeß führt.² Daraus wird gem. § 82 ZPO hier eine Bindung an die einmal erteilte Vollmacht gefolgert.

Somit trifft den verbleibenden Kläger eine weitergehende Bindungswirkung, da er von Beginn an den Prozeß selbst geführt hat. Ferner liegt wegen seiner Fehleinschätzung der Passivlegitimation die Genehmigung allein in seinem Interesse. Andernfalls droht ihm eine Klageabweisung.

Somit ist der Kläger bei einer nur eingeschränkt erteilten Prozeßführungsgenehmigung grundsätzlich an seine eigenen Prozeßhandlungen gebunden. Ihm darf jedoch kein Nachteil dadurch entstehen, daß er sich auf die geänderte Situation noch nicht einrichten konnte. Insoweit besteht keine Bindung.

bb) Prozeßführungsgenehmigung auf der Klägerseite

(1) Bisherige Prozeßhandlungen des Klägers

Soweit im bisherigen Verlauf des Rechtsstreites auf Klägerseite ein Teilverzicht oder Teilvergleich erklärt worden ist, wird der zur Genehmigung der bisherigen Prozeßführung Aufgeforderte hieran nicht gebunden. Zu einer Verfügung über den Streitgegenstand war der Prozeßunfähige oder der falsus procurator nicht befugt.³ Da-

1 so etwa Stein/Jonas/Schönke/Pohle § 81 Anm. II 1; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann Einl. III 7 B.

2 vgl. hierzu etwa Jauernig § 85 I, S. 272.

3 vgl. S. 81ff dieser Arbeit.

her darf bei der Prozeßführungsgenehmigung ein Teilverzicht oder Teilanerkennntnis hiervon ausgenommen werden.

Von der Genehmigung nicht ausgenommen werden kann jedoch die Klage insgesamt, so daß etwa nur einzelne Prozeßhandlungen genehmigt werden, ohne die Klage selbst einzubeziehen.¹ Dies hätte nach § 269 Abs. 3 ZPO zur Folge, daß der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen ist. Die auf die Klage aufbauenden Prozeßhandlungen entbehren dann einer Grundlage. Sie könnten selbständig nicht weiter bestehen.

Der den Rechtsstreit nach einer Genehmigung Fortsetzende kann jedoch den Klageantrag erweitern oder einschränken. Insoweit besteht keine Bindungswirkung. Eine derartige Klageänderung ist gem. § 264 Nr. 2 ZPO immer zulässig.

Ein Geständnis kann von der Genehmigung ausgenommen werden. Andernfalls stellte das Geständnis wegen seiner Wirkung gem. § 288 Abs. 1 ZPO eine Verfügung über den Streitgegenstand dar.² Zwar kann der Genehmigende sich zuvor darüber informieren, ob und in welchem Umfang ein Geständnis erklärt worden ist, um davon seine Genehmigungserklärung insgesamt abhängig zu machen.³ Dabei bliebe jedoch unberücksichtigt, daß bei ungünstigem Sachstand infolge eines Geständnisses die Genehmigung verweigert werden müßte. Einer neuen Klageerhebung könnte dann jedoch die Einrede der Verjährung entgegengesetzt werden, so daß die Schutzfunktion der Prozeßführungsgenehmigung in ihr Gegenteil verkehrt würde. Der Prozeßunfähige und der ohne Vollmacht Vertretene sollen aber gerade vor Nachteilen geschützt werden, die eine bisherige Prozeßführung mit sich bringt.⁴ Da-

1 so auch Schönke/Kuchinke § 28 IV, S. 128.

2 vgl. hierzu bereits S. 135 dieser Arbeit.

3 so für den gewillkürten Parteiwechsel Pohle, S. 142f und S. 149; Franz, S. 168.

4 vgl. hierzu S. 78ff dieser Arbeit.

her kann ein Geständnis auch hier von der Genehmigung ausgenommen werden.

Der Genehmigende kann nunmehr auch das bestreiten, was zuvor infolge Nichtbestreitens unstreitig gewesen ist. Die Geständnisfiktion des § 138 Abs. 3 ZPO darf auch hier nicht dazu führen, daß der nicht zur Prozeßführung Berechtigte über den Streitgegenstand Verfügungen trifft.

Da der Genehmigende keine Möglichkeit hatte, den gegnerischen Tatsachenvortrag frühzeitiger zu bestreiten, ist sein Vorbringen mit entsprechenden Beweisantritten nicht als verspätet zurückzuweisen.

An eine Einverständniserklärung i.S.d. § 128 Abs. 2 ZPO des prozeßunfähigen oder vollmachtlosen Vertreters besteht keine Bindung. Vielmehr muß dem Genehmigenden die Möglichkeit gegeben werden, in der mündlichen Verhandlung seinen Standpunkt darzulegen.¹

Da die Bevollmächtigung eines Rechtsanwaltes ebenfalls eine Prozeßhandlung ist², kann der Genehmigende diese Beauftragung von seiner Genehmigung ausnehmen und einen Rechtsanwalt eigener Wahl beauftragen oder den Rechtsstreit mit Ausnahme der Fälle der §§ 78, 78 a ZPO selbst fortsetzen.

Für eine bereits durchgeführte Beweisaufnahme können die bei der Genehmigung auf Seiten des Beklagten gemachten Ausführungen übernommen werden, da diese auch hier zutreffen.³ Der Genehmigende kann gem. §§ 398 Abs. 1, 402, 451 ZPO die Wiederholung einer früheren Vernehmung von Personen beantragen.

1 vgl. bereits S. 136f dieser Arbeit.

2 vgl. OGHZ 4, 278f.

3 vgl. S. 137f dieser Arbeit.

vgl. auch Schönke/Kuchinke § 28 IV, S. 128.

(2) Die gerichtlichen Handlungen

Das Gericht hat die Zuständigkeitsfrage neu zu prüfen.¹ Der Genehmigende kann sich auf eine Schiedsgerichtsabrede oder eine Gerichtsstandsvereinbarung gem. § 38 ZPO berufen. Der Prozeßunfähige oder falsus procurator können aus Unkenntnis der vorgenannten Vereinbarungen die Klage etwa gem. § 13 ZPO anhängig gemacht haben. Nunmehr kann der Genehmigende eine etwaige Gerichtsstandsvereinbarung einbringen.

Teil- und Zwischenurteile verlieren ihre Basis, wenn infolge der Genehmigung nur ein Teil der bisherigen Prozeßführung übernommen wird. Diese Entscheidungen wirken dann nicht fort.

Verkündungstermine verlieren ebenfalls ihre Wirkung. Es muß vielmehr erneut verhandelt werden, damit der Genehmigende Gelegenheit hat, sich zum Streitstand zu erklären.

Führt der Genehmigende den Rechtsstreit selbst weiter, kommt es für einen Befangenheitsantrag auf die Beziehung seiner Person zu der des für befangen gehaltenen Richters oder Sachverständigen an.

Ob Beweisbeschlüsse aufrecht erhalten werden können, hängt davon ab, inwieweit die bisherige Prozeßführung genehmigt wird und insoweit weiter Basis für eine Beweisaufnahme sein kann.

(3) Auswirkung für den Beklagten

Der Beklagte bleibt an sein Teilanerkennnis oder an einen Teilvergleich nicht gebunden. Die Basis hierfür ist entfallen. Der Beklagte muß damit rechnen, daß der Rechtsstreit sich nunmehr anders als von ihm geplant

¹ vgl. für den gewillkürten Parteiwechsel Henckel, S. 241; de Boor, S. 105.

entwickelt. Daher soll er nicht an Verzichtserklärungen seiner Position, die er möglicherweise im Vertrauen auf eine sonst für ihn günstige Entwicklung des Verfahrens gemacht hat, gebunden werden.

Demgegenüber bleibt er an sein Geständnis gebunden. Es handelt sich um seine eigene Erklärung.¹ Diese hat er ohne Rücksicht auf die Prozeßführungsbefugnis der Gegenseite abgegeben.

Der Beklagte ist jedoch wegen der veränderten Umstände nicht gehindert, weitere Tatsachen und entsprechende Beweisantritte vorzutragen. Er muß sich auf die für ihn veränderte Situation einstellen können, ohne eine Zurückweisung wegen Verspätung befürchten zu müssen.

Da infolge der Genehmigungserklärung der Beklagte sich nunmehr erstmals einer wirksamen Prozeßführung ausgesetzt sieht, kann er noch mit der Kostenfolge des § 93 ZPO den gegnerischen Anspruch in der ersten mündlichen Verhandlung nach Erteilung der Genehmigung anerkennen.²

Der Beklagte bleibt aber an seine Bevollmächtigung eines Rechtsanwaltes gem. § 81 ZPO gebunden.³

Die Auslegung der Regelungen über die Prozeßführungsgenehmigung führt dazu, daß diese Genehmigung einzelne Prozeßhandlungen und nicht nur die gesamte Prozeßführung umfassen kann. Das hat zur Folge, daß nur die genehmigten Prozeßhandlungen wirksam sind. Im folgenden soll dieses Ergebnis an der Vereinbarkeit mit den allgemeinen Wertungen der ZPO gemessen werden.

1 vgl. für den gewillkürten Parteiwechsel Henckel, S. 241.

2 vgl. für den gewillkürten Parteiwechsel auch Kich, S. 181; Jauernig § 86 II, S. 274.

3 vgl. hierzu bereits S. 142f dieser Arbeit

6. Vereinbarkeit dieses Auslegungsergebnisses mit den
allgemeinen Wertungen der ZPO

Dem bisher gefundenen Auslegungsergebnis könnten Grundentscheidungen der ZPO widersprechen, was zur Unzulässigkeit einer Teilbarkeit der Prozeßführungsgenehmigung führt. Jedes Auslegungsergebnis ist an seinem Wert zu messen.¹ Die teleologische Auslegung wird von der Interessenjurisprudenz als die methodische Bereinigung von Interessenkonflikten anhand der gesetzlichen Maßstäbe und Wertungen angesehen.² Daher muß jedes Auslegungsergebnis mit den allgemeinen Wertungen der ZPO in Einklang zu bringen sein.

a) Zunächst muß die Teilbarkeit der Prozeßführungsgenehmigung im Einklang mit dem Sinn und Zweck des Zivilprozesses stehen.³ Dieser wird allgemein wie folgt umschrieben:

Wahrung der Rechtsordnung;
Schutz des Einzelnen;
Gerechtigkeitsverwirklichung im Einzelfall;
Wiederherstellung des Rechtsfriedens;
geordnetes und übersichtliches Verfahren.⁴

Unter Berücksichtigung dieser Punkte soll die Zivilprozeßordnung dem Schutz und der Durchsetzung des materiellen Rechts dienen.⁵

1 so auch Engisch, S. 77 m.w.N.

2 hierzu allgemein Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht, S. 47.

3 vgl. ebd.

4 so auch Bernhardt, S. 2; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann Einl. III 2; vgl. auch BGHZ 92, 137/141f.

5 so auch RGZ 123, 104/106; 133, 365/369; vgl. auch de Boor, S. 109; Niese, S. 16 und S. 19; Bull, ZJP 72, 337; Sauer, Grundlagen des Prozeßrechts, S. 49; Pawlowski, Aufgabe des Zivilprozesses, ZJP 80, 345/347.

Die Teilbarkeit der Prozeßführungsgenehmigung greift in die vom Gesetzgeber für den Zivilprozeß vorgesehene Risikoverteilung nicht ein. Der Rechtsstreit wird so fortgeführt, als wenn der Prozeßführungsberechtigte von Beginn an am Rechtsstreit beteiligt gewesen wäre und eine den Gegebenheiten entsprechende Prozeßführung vorgenommen hätte.¹ Der Gegner soll durch die bisherige Prozeßführung des hierzu nicht Berechtigten keine Vorteile erlangen. Diese Vorteile hätte der Gegner auch nicht in Anspruch nehmen können, wenn der Berechtigte von Beginn an den Rechtsstreit selbst geführt hätte. Daher wird durch eine teilbare Prozeßführungsgenehmigung die bestehende Rechtsordnung gewahrt.

Gleichzeitig wird der Prozeßführungsberechtigte vor Eingriffen eines Dritten in sein Recht zur Prozeßführung geschützt. Ein Dritter soll den Berechtigten nicht durch unkorrigierbare Prozeßhandlungen in eine ungünstige Position bringen können.² Der Einzelne wird daher gerade durch die Zulassung einer teilbaren Prozeßführungsgenehmigung vor Nachteilen geschützt.

Durch die Zulassung einer teilbaren Prozeßführungsgenehmigung wird ferner im konkreten Rechtsstreit eine Einzelfallgerechtigkeit erzielt. Der Zivilprozeß hat das Ziel, den als Urteilsgrundlage dienenden Sachverhalt zunächst aufzuklären und dann einer Entscheidung zuzuführen.³ Zur Sachverhaltsaufklärung kann aber derjenige am ehesten beitragen, der mit den zugrundeliegenden Tatsachen befaßt war. Dies ist die Partei selbst oder der die Zusammenhänge besser überschauende gesetzliche Vertreter. Hierauf beruht letztlich das System der ZPO, wonach es nur 2 Parteien innerhalb eines Rechtsstreites gibt. Für den Fall unaufklärbarer Um-

1 vgl. hierzu S. 78ff dieser Arbeit.

2 vgl. hierzu S. 79ff dieser Arbeit.

3 so auch BGH, BB 1964, 150; BGH, NJW 1971, 284f.

stände hat zum Teil der Gesetzgeber Beweislastregeln aufgestellt, die die Frage beantworten, wer die Nachteile dieser Ungewißheit zu tragen hat.¹ In dieses Regelungssystem greift der Unwissende ein, wenn er aus Unkenntnis gewisser Umstände einzelne Tatsachen anerkennt oder auf Ansprüche verzichtet. In diesem Fall werden vom (unberechtigt) Prozeßführenden Lasten der Gegenseite übernommen. Durch eine eingeschränkt erteilte Prozeßführungsgenehmigung wird jedoch das ursprüngliche Gleichgewicht der Parteien wieder hergestellt.

Durch die Teilbarkeit einer Prozeßführungsgenehmigung wird die Einleitung eines weiteren Rechtsstreites verhindert. Dadurch wird der Rechtsfriede zwischen den Parteien schneller erreicht. Dem Gegner werden hierdurch keinerlei Verteidigungsmöglichkeiten genommen.² Wenn daher vom Prozeßrecht verlangt wird, das materielle Recht unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte am zweckmäßigsten durchzusetzen³, ist eine teilbare Prozeßführungsgenehmigung mit dem Sinn und Zweck des Zivilprozesses vereinbar.

Ein geordnetes und übersichtliches Verfahren wird auch bei einer Teilbarkeit der bisherigen Prozeßführung erreicht werden.⁴ Bei Genehmigungserteilung und Fortsetzung des Rechtsstreits ist den Prozeßbeteiligten gegenüber zu erklären, in welchem Umfang die bisherige Prozeßführung genehmigt wird.

Im übrigen soll ein geordnetes und übersichtliches Verfahren gerade dazu führen, daß entsprechend § 282 ZPO vollständig vorgetragen wird und auf dieser Grundlage

1 vgl. etwa §§ 179 Abs. 1, 282, 358, 636 Abs. 2, 2336 Abs. 3 BGB; 30 Nr. 2, 31 Nr. 2, 45 KO; vgl. auch BGHZ 53, 250; BGH, DB 1976, 1020; zum Anscheinsbeweis vgl. BGH, VersR 1976, 544.

2 vgl. hierzu de Boor, S. 105

3 vgl. BGHZ 10, 359; Pawlowski, S. 347; Bull, ZZP 72, 337; so auch schon Sauer, S. 49.

4 siehe hierzu BGHZ 92, 137/141.

nachvollziehbar eine Entscheidung getroffen wird. Überraschungsentscheidungen sollen verhindert werden.¹ Sollte daher infolge einer geteilten Prozeßführungsgenehmigung der Gegner einen Gesichtspunkt falsch einordnen, hat das Gericht nach § 278 Abs. 3 ZPO ihn hierauf hinzuweisen. Daher steht die Übersichtlichkeit des Verfahrens einer Teilbarkeit nicht entgegen.

b) Eine teilbare Prozeßführungsgenehmigung könnte mit der durch die ZPO-Novellierung von 1933 eingeführten normierten Wahrheitspflicht des § 138 Abs. 1 ZPO kollidieren. Eine solche Kollisionsmöglichkeit kann sich etwa dann ergeben, wenn der Genehmigende bereits vortragene Tatsachen als wahr erkennt. Gleichwohl genehmigt er diesen Teil des Tatsachenvortrags nicht, sondern macht nunmehr durch sein Bestreiten eine Beweisaufnahme erforderlich.

Hierbei handelt es sich jedoch nicht um eine durch die Teilbarkeit verursachte Problematik. Bei völliger Verweigerung der Prozeßführungsgenehmigung könnte in einem neuen Rechtsstreit ein anderer Tatsachenvortrag als im ursprünglichen Verfahren erfolgen. Auch in diesem neuen Verfahren können dann Tatsachen, die zuvor unstreitig waren, streitig sein.

Im übrigen wird vom Genehmigenden keine Behauptung wider besseres Wissen aufgestellt. Vielmehr wird lediglich die bereits zuvor geltende Lage der Darlegungs- und Beweislast wieder hergestellt. Der Rechtsstreit wird so weitergeführt, als wenn der zur Prozeßführung Berechtigte mit seinem Wissen über Zusammenhänge und seiner Beurteilungskraft hinsichtlich der Tragweite einzelner Prozeßhandlungen von Beginn an den Rechtsstreit geführt hätte.

1 vgl. BT Drucksache 7/5250, S. 8.

Die grundsätzliche Frage nach dem Bedeutungsumfang der Wahrheitspflicht kann daher hier dahingestellt bleiben.¹ Insbesondere kann die Frage offen bleiben, ob § 138 Abs. 1 ZPO einen neuen Grundsatz in die Zivilprozeßordnung einführen wollte.² Eine teilbare Prozeßführungsgenehmigung ist mit der Wahrheitspflicht der Parteien vereinbar.

c) Der Gesetzgeber wollte ferner einer Prozeßverschleppung Einhalt gebieten und normierte deshalb in § 282 ZPO eine Prozeßförderungspflicht, um so eine rationelle und zügige Verfahrensabwicklung zu erreichen.³ Durch eine teilweise Prozeßführungsgenehmigung tritt jedoch eine Verzögerung des rechtshängigen Rechtsstreites ein, wenn etwa über zuvor unstreitige Tatsachen nunmehr infolge Bestreitens Beweis erhoben werden muß.

Durch die Genehmigung wird jedoch ein weitere Mühen, Kosten und Zeit erfordernder Rechtsstreit verhindert.⁴ Es dient nicht der Entlastung der Gerichte, wenn der bisherige Rechtsstreit infolge Genehmigungsverweigerung beendet wird und ein neuer Rechtsstreit anhängig gemacht werden muß.

Der Gesetzgeber sieht die Möglichkeit einer völligen Genehmigungsverweigerung ausdrücklich vor, wodurch erst recht ein neuer Rechtsstreit verursacht wird. Eine teilbare Prozeßführungsgenehmigung verzögert den Rechts-

1 vgl. hierzu die ausführlichen Erörterungen bei Bomsdorf, Prozeßmaximen und Rechtswirklichkeit, S. 279ff und Schoofs, S. 121f.

2 siehe hierzu ZAKDR 37, 536 einerseits und die Motive 1931, S. 286 andererseits; vgl. hierzu Bomsdorf, S. 274.

3 so BT-Drucksache 7/2729, S. 37/38; vgl. hierzu auch schon Esser, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen, S. 61ff; vgl. auch §§ 277 Abs. 1 und 4, 340 Abs. 3, 697 Abs. 3, 700 Abs. 3 ZPO.

4 vgl. hierzu in neuester Zeit den Referentenentwurf des "Gesetzes zur Entlastung der Gerichte in Zivilsachen" (ZPO Entlastungsgesetz 1983) vom 22.11.1982.

streit nicht über ein vom Gesetzgeber in Kauf genommenes Maß hinaus. Vielmehr kann innerhalb des Verfahrens, wenn auch auf einer geänderten Grundlage, der Rechtsstreit entschieden werden. Daher steht die Zulässigkeit einer teilbaren Prozeßführungsgenehmigung der Prozeßförderungspflicht nicht entgegen.

d) Eine teilbare Genehmigung könnte einen geordneten und berechenbaren Verfahrensablauf gefährden.¹ Die Voraussehbarkeit des Verlaufs eines Rechtsstreites ermöglicht einer Partei, auf die bisherigen Prozeßhandlungen des Gegners jeweils aufbauen zu können. Hierdurch wird die Bedeutung formaler Elemente eines Prozesses deutlich. Sie sollen eine möglichst weitgehende Vorausberechenbarkeit gerichtlicher Rechtsschutztätigkeit gewährleisten und die Betroffenen so weit wie möglich vor richterlichem Ermessen und Unfähigkeiten bewahren sowie vor Willkür des Gegners schützen.²

Die Gefahr, daß durch eine nur eingeschränkt erteilte Prozeßführungsgenehmigung die noch geltende Prozeßgrundlage unklar wird und der Gegner daher nicht eindeutig informiert ist, welche Prozeßhandlungen noch gelten sollen, kann umgangen werden. Dazu ist für die Prozeßführungsgenehmigung de lege lata eine bestimmte Form vorzusehen. Durch einen bestimmenden Schriftsatz³ kann eindeutig festgestellt werden, auf welcher Grundlage der Genehmigende den Rechtsstreit weiterführen will.

Ferner besagt die Voraussehbarkeit des Verfahrensablaufes lediglich, daß jeder Beteiligte genau erkennen kann, welche Handlung in der jeweiligen Prozeßlage von

1 so ausdrücklich BGHZ 92, 137/141.

2 so etwa Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, S. 31f; Weber, Studium generale 1960, 183/185.

3 vgl. hierzu Thomas/Putzo § 129 Anm. 2

ihm erwartet wird.. Sie begründet jedoch keinen Anspruch, den gesamten Verlauf des Rechtsstreites vorhersehen zu können.¹ Es gilt grundsätzlich das Verbot von Überraschungsentscheidungen nach § 278 Abs. 3 ZPO, wonach das Gericht auf seine geänderte Beurteilung des Rechtsstreites hinweisen muß, damit die Parteien hierzu Stellung nehmen können.² Der Verlauf eines Rechtsstreites ist nie vollständig voraussehbar.

Da dem Gegner bei einer eingeschränkt erteilten Prozeßführungsgenehmigung eine Stellungnahmemöglichkeit eingeräumt werden kann, und für ihn die Verspätungsregeln nicht gelten³, steht auch der Gesichtspunkt der Berechenbarkeit des Verfahrensablaufes einer Teilbarkeit der Prozeßführungsgenehmigung nicht entgegen.

e) Ein Verstoß gegen das in § 128 Abs. 1 ZPO verankerte Mündlichkeitsprinzip durch eine eingeschränkte Prozeßführungsgenehmigung kann ebenfalls nicht angenommen werden.⁴ Ein derartiger Verstoß kann etwa infolge einer Entscheidung des Gerichts ohne mündliche Verhandlung auf der Grundlage des durch die eingeschränkt erteilte Prozeßführungsgenehmigung noch zur Entscheidung stehenden Prozeßstoffes eintreten. Abgesehen von der heute zurückgetretenen Bedeutung des Mündlichkeitsgrundsatzes wird allein aufgrund der erheblich geänderten Rechtslage infolge der eingeschränkt erteilten Prozeßführungsgenehmigung das Gericht einen weiteren Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumen, um schon dem Gegner die in Art. 103 Abs. 1 GG verankerte Möglichkeit einzuräu-

1 so auch bereits de Boor, Auflockerung des Zivilprozesses, S. 34f.

2 vgl. hierzu etwa OLG Köln, VersR 1977, 844; BAG, AP Nr. 1 und 2; BGH, LM § 295 Nr. 14; OLG Karlsruhe, OLGZ 78, 226; OLG Schleswig, SchlHA 1974, 168; OLG Schleswig, MDR 1976, 50.

3 siehe S. 142 und S. 147 dieser Arbeit.

4 so auch Höpfner, S. 109.

men, zum veränderten Prozeßstoff Stellung nehmen zu können.¹ Daher steht auch dieser Grundsatz der Zivilprozeßordnung einer Teilbarkeit der Prozeßführungsgenehmigung nicht entgegen.

f) Verschiedentlich wird die Zulassung einer teilbaren Prozeßführungsgenehmigung mit der Begründung abgelehnt, die Einheit eines Zivilrechtsstreites werde hierdurch beseitigt werden.²

Die Einheit eines Rechtsstreites wird in dem Sinne verstanden, daß alle prozessualen Handlungen der Parteien ihre Wirksamkeit für später folgende Termine behalten. Als Urteilsgrundlage wird angesehen, was in sämtlichen Verhandlungsterminen an Tatsachenstoff vorgetragen wurde.³ Die Parteien sollen sich darauf verlassen können, daß die mündlichen Verhandlungen ohne Einschränkung als Urteilsgrundlage dienen.

Es ist bereits fraglich, ob es sich hierbei um einen Grundsatz der ZPO handelt, der nur unter eingeschränkten Voraussetzungen Ausnahmen zuläßt und deshalb gleichzeitig einen Vertrauensschutz auf den Fortbestand von Prozeßhandlungen gewährt.

Eine absolute Einheit und Untrennbarkeit des Verfahrens gibt es nicht.⁴ So kann eine Widerklage, die bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung erhoben werden kann⁵, eine völlig neue Prozeßsituation schaffen.

1 siehe hierzu BGH, NJW 1970, 1458.

2 so etwa RGZ 110, 228/230; Hellwig, Lehrbuch II, S. 340; Luxenberg, S. 52; Gebler, S. 52f; Grundmann, S. 60; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 56 Anm. 1 c; so auch ausdrücklich Anton, S. 151 und 153; Jauernig § 28 IV, S. 89; vgl. insbesondere BGHZ 92, 137/141.

3 vgl. Jauernig § 28 IV, S. 89; Thomas/Putzo § 128 Anm. 2 b.

4 so auch ausdrücklich Wach I, S. 600.

5 vgl. Thomas/Putzo § 33 Anm. 5.

Da hierdurch eine Zurückweisung von Vorbringen wegen Verspätung verhindert werden kann, wird häufig eine Widerklage zu einem späteren, aber rechtzeitigen Augenblick erhoben. Der Gegner wird nicht davor geschützt, sich nunmehr noch mit weiterem Vorbringen auseinanderzusetzen zu müssen, obwohl er zuvor davon ausgehen durfte, daß der Rechtsstreit auf der bisherigen Grundlage entschieden werde.¹ Insoweit wird das Vertrauen des Gegners auf Fortbestand der bisherigen Prozeßlage zurückgedrängt. Erst vom Verlauf eines Rechtsstreites hängt es ab, ob die Aussicht auf ein günstiges Sachurteil näher rückt. Am Schluß der letzten mündlichen Verhandlung kann man sagen, ob die nahe und sichere Aussicht des Klägers auf ein der Prozeßlage gemäßes Urteil zugleich eine nahe und sichere Aussicht auf ein günstiges Sachurteil ist.² Insbesondere in der Berufungsinstanz kann sich die Prozeßlage etwa durch neuen Tatsachenvortrag ändern, der nicht ausgeschlossen ist.³

Gegen einen sog. Einheitlichkeitsgrundsatz spricht ferner die Entwicklung der Klageänderung. Zunächst sah die ZPO von 1877 im damaligen § 235 Nr. 3 eine Möglichkeit zur Klageänderung nur bei Einwilligung des Beklagten vor. Hier hatte der Beklagte eine starke, geschützte Vertrauensposition hinsichtlich der bestehenden Prozeßlage.

Um eine beliebige Verschleppung des Rechtsstreites durch Verweigerung der Einwilligung zu verhindern, sah die ZPO-Novelle von 1898 den § 235 a vor. Danach war eine Klageänderung zulässig, wenn die Verteidigung des Be-

1 ähnlich auch Baumgärtel, Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren, ZJP 69, 89/120.

2 so auch Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage, S. 260.

3 vgl. §§ 519 Abs. 3 Nr. 2 ZPO, 570 ZPO.

klagten nicht wesentlich erschwert wurde.¹

Die Novellierung von 1924 führte dann im § 22o den Gesichtspunkt der Sachdienlichkeit ein. Eine Klageänderung sollte aus prozeßökonomischen Gründen auch ohne Einwilligung bei Sachdienlichkeit zulässig sein.² Somit wurde der ursprüngliche Schutzgedanke zum Nachteil des Beklagten aufgegeben. Heute wird gem. § 263 ZPO eine Klageänderung als sachdienlich zugelassen, wenn dadurch die endgültige Beilegung des Rechtsstreites gefördert und ein neuer Prozeß vermieden wird.³ Dabei wird in Kauf genommen, daß weitere Erklärungen der Parteien und Beweiserhebungen nötig werden.⁴ Der Beklagte kann daher nicht auf den Fortbestand der bisherigen Prozeßlage vertrauen, wenn die Sachdienlichkeit eine Änderung der Prozeßlage fordert.⁵

Im übrigen hat der Gesetzgeber weitere Fälle geregelt, in denen nicht auf die Fortdauer einer bestimmten Prozeßlage vertraut werden darf. So ist trotz einer gerichtlichen Entscheidung, die vorläufigen Charakter hat, in den Fällen der §§ 926 Abs. 2, 942 Abs. 3, 3o2 Abs. 4 Satz 3, 6oo Abs. 2 i.V.m. 3o2 Abs. 4 Satz 3, 1o42 c Abs. 2 i.V.m. 717 Abs. 2 ZPO mit deren Aufhebung oder Änderung zu rechnen.

Auch die §§ 269, 29o, 399, 436, 515 Abs. 1, 566, 346 i.V.m. 515 Abs. 1 ZPO regeln, wann der Gegner auf den Fortbestand einzelner Prozeßhandlungen vertrauen darf.

1 siehe Hahn, Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. 8 (1898), S. 326 und S. 1oo.

2 vgl. auch Groß, Das Verhältnis der Klageänderung zur Klagerücknahme, ZZP 75, 93/1o1.

3 so BGH, NJW 1958, 184; BGHZ 1, 65/72.

4 vgl. BGH, NJW 1975, 1228; zu den Grenzen einer Zulassung vgl. BAG, WPM 1976, 598; siehe auch Arens, S. 148; Walsmann, AcP 1o2, 1o1/1o3; siehe auch Karpinski, S. 31.

5 Dieser Gesichtspunkt spielte sowohl bei dem gewillkürten Parteiwechsel als auch bei der teilweisen Genehmigung eine entscheidende Rolle; vgl. hierzu S. 116ff und S. 91ff dieser Arbeit.

Es kann hier die weitergehende Frage, ob diese Vorschriften ein allgemeines Prinzip ausdrücken oder eine abschließende Aufzählung sind, dahingestellt bleiben.¹ In den hier zu untersuchenden Fällen der Vornahme von Prozeßhandlungen durch hierzu nicht befugte Personen wird gerade ein Schwebezustand der Prozeßführung herbeigeführt, der nur durch eine Genehmigung oder deren Verweigerung seitens des Berechtigten beendet werden kann. Von einer Endgültigkeit der Prozeßlage kann nicht gesprochen werden.² Selbst ein in diesen Fällen ergangenes Urteil kann gem. §§ 579 Nr. 1, 586 Abs. 3 ZPO noch bis zum Ablauf von 5 Jahren angefochten werden, wenn das Urteil nicht dem zur Prozeßführung Berechtigten zugestellt worden ist.

Gleichzeitig ergibt sich hieraus, daß der vom Bundesgerichtshof als Argument gegen eine Teilbarkeit verwendete Grundsatz der Übersichtlichkeit eines Verfahrens nicht überzeugt.³ Im Verlauf eines Rechtsstreits muß eine Partei damit rechnen, auf eine geänderte Situation reagieren zu müssen. So können Aufrechnungs-erklärungen (teilweise) wieder zurückgenommen werden. Die Dispositionsbefugnis der Parteien kann gerade dazu führen, daß der zugrunde liegende Sachverhalt verändert wird und der Gegner sich entsprechend darauf einzustellen hat.

Da eine Genehmigung auch gänzlich verweigert werden kann, wird der Gegner nicht vor einem weiteren Rechtsstreit geschützt, in dem dann die Partei einen geänderten Vortrag anbringt.⁴

1 Die ZPO kennt auch Entscheidungen, die auf Prozeßhandlungen ergehen, deren Ausübung wiederum im Ermessen einer Partei liegt, wie etwa § 331 a ZPO.

2 so auch Goldschmidt, S. 520f; Kohler, S. 71ff und S. 75ff.

3 vgl. BGHZ 92, 137/141.

4 im Ergebnis auch Groß, Klageänderung und Klagerücknahme, ZZP 75, 447; derselbe, Das Verhältnis der Klageänderung zur Klagerücknahme, ZZP 75, 93.

Somit hat der Gesetzgeber zumindest für die hier zu untersuchenden Fälle gerade keine Endgültigkeit der Prozeßlage geschaffen. Diese kann erst durch eine Genehmigung oder deren Verweigerung erreicht werden. Da insoweit ein Vertrauensschutz des Gegners auf den Fortbestand der erreichten Prozeßlage nicht angenommen werden kann, steht der Gesichtspunkt der Einheit des Verfahrens einer geteilten Prozeßführungsgenehmigung nicht entgegen.

7. Die Grenzen einer Auslegung

Ein letztes Bedenken gegen die hier vorgenommene Auslegung der Vorschriften über die Prozeßführungsgenehmigung könnte in deren Ausnahmecharakter zu sehen sein. Das Prozeßrecht kennt grundsätzlich keine schwebend unwirksamen Prozeßhandlungen.¹ Daher bedarf es einer besonderen Prüfung, ob derartige Ausnahmenvorschriften ebenfalls einschränkend oder erweiternd ausgelegt werden können.

Grundsätzlich wird eine erweiternde Auslegung zugelassen, wenn dies mit dem Sinn und Zweck der Regelung vereinbar ist.² Die Genehmigungsvorschriften werden durch die Zulassung einer teilbaren Prozeßführungsgenehmigung nicht zweckentfremdet. Soweit der Bundesgerichtshof eine Teilbarkeit wegen möglicher Manipulationsgefahren ablehnt, überzeugt diese pauschale Begründung nicht.³ Ab-

1 vgl. hierzu schon S. 12ff dieser Arbeit; so im Ergebnis auch RGZ 45, 359/363; Kisch, S. 130; Krantz, S. 63; Henckel, S. 234; Blomeyer § 115 IV 3, S. 639 und V, S. 640ff; BAG, NJW 1967, 1437f; a.A.: OLG Cassel, ZZP 41, 202f; Thomas/Putzo § 50 Vorbem. IV 3 a bb; Bernhardt § 32 III 1 b, S. 209; die Frage des Ausnahmecharakters braucht hier nicht beantwortet zu werden. Beide Ansichten stehen der hier vorgenommenen Auslegung nicht entgegen.

2 vgl. Thomas/Putzo Einleitung VI 2.

3 vgl. hierzu BGHZ 92, 137/141.

gesehen von dem bereits erwähnten Schutzgedanken, der eine teilbare Prozeßführungsgenehmigung rechtfertigt¹, begründet die bloße Möglichkeit einer Unredlichkeit nicht die Schlußfolgerung der Ablehnung einer Teilbarkeit. Vielmehr muß in jedem Einzelfall festgestellt werden, ob eine Partei eine sog. "Vorprüfung" versucht, indem eine vollmachtlose Prozeßführung gezielt versucht wird. Nach § 286 Abs. 1 ZPO hat das Gericht hierüber zu befinden. Wollte man sich der Argumentation des Bundesgerichtshofs anschließen, wäre eine Klage, bei der sich in der Beweisaufnahme herausstellt, daß sie in der Absicht eines Prozeßbetruges erhoben wurde, als unzulässig abzuweisen. Eine solche Klage wird jedoch als unbegründet abgewiesen, da der geltend gemachte Anspruch nicht besteht. Daher ist die Teilbarkeit einer Genehmigung nicht *ea ipsa* unzulässig, da sie möglicherweise von einer unredlichen Partei mißbraucht werden kann. Vielmehr liegen die Voraussetzungen für eine Genehmigung gar nicht vor, wenn bewußt eine "Vorprüfung" durch Klageerhebung eines hierzu nicht Berechtigten versucht wird. Daher steht eine Manipulationsgefahr der hier vertretenen Auslegung nicht entgegen.

Es wird somit eine Einschränkung zugelassen, wodurch eine derartige Prozeßführungsgenehmigung zulässig ist, die nur Teile der bisherigen Prozeßführung erfaßt. Hierdurch wird ebenso die schwebende Unwirksamkeit der bisherigen Prozeßführung beendet, wie bei einer Genehmigung der gesamten bisherigen Prozeßführung. Da ein erhebliches Interesse eine Teilbarkeit erfordert², steht der Ausnahmecharakter der auszulegenden Vorschriften der hier vorgenommenen Auslegung nicht entgegen.

Bei den §§ 89 Abs. 2, 551 Nr. 5, 579 Abs. 1 Nr. 4, 1041 Abs. 1 Nr. 3 ZPO handelt es sich auch nicht um unabänderliche Ordnungsvorschriften. Vielmehr hat der Gesetz-

1 vgl. dazu bereits S. 92ff dieser Arbeit.

2 Larenz, S. 358; derselbe, NJW 1965, 1/3.

geber durch diese Vorschriften lediglich eine Möglichkeit eingeräumt, eine bislang unwirksame Prozeßführung infolge einer Genehmigung wirksam werden zu lassen, ohne deren Art und Weise näher auszugestalten.

Durch die Zulassung einer teilbaren Prozeßführungsgenehmigung werden die einschlägigen Vorschriften nicht derogiert. Ihr Sinn und Zweck bleibt erhalten. Gerade eine Zulässigkeit der Teilbarkeit einer Prozeßführungsgenehmigung wird in vielen Fällen eher zur Genehmigungserteilung führen, wodurch der Rechtsfrieden schneller und ohne weitere Kosten, Mühen und Zeit wieder hergestellt wird. Daher ist die hier vorgenommene Auslegung zulässig.

IV. Ergebnis

Eine Auslegung der §§ 89 Abs. 2, 551 Nr. 5, 579 Abs. 1 Nr. 4 und 1041 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ergibt die Zulässigkeit einer teilweisen Genehmigung der bisherigen Prozeßführung. Dieses Ergebnis ist sowohl mit dem Normzweck der einschlägigen Vorschriften vereinbar als auch die geeignetste Möglichkeit, unter Berücksichtigung der Interessen aller Beteiligten eine sachgerechte Lösung zu finden, um die schwebende Unwirksamkeit der bisherigen Prozeßführung zu beenden und den Rechtsfrieden herzustellen.

Gleichzeitig paßt sich eine teilweise Prozeßführungsgenehmigung in die Rechtsordnung ein. Beim gewillkürten Parteiwechsel, dessen Interessenlage mit derjenigen der Prozeßführungsgenehmigung vergleichbar ist, ist eine derartige Teilbarkeit längst anerkannt. Eine teilbare Prozeßführungsgenehmigung verstößt nicht gegen die Wertungen der Zivilprozeßordnung.

Daher kann die Genehmigung der bisherigen Prozeßführung auf einzelne Prozeßhandlungen beschränkt werden.

4. Teil Die Folgen einer Genehmigung einzelner unwirksamer Prozeßhandlungen

Abschließend soll untersucht werden, welche Folgen die Zulassung einer teilweisen Prozeßführungsgenehmigung hat und welche besonderen Voraussetzungen an die Erklärung einer solchen Genehmigung gestellt werden müssen.

I. Die Frage der Rückwirkung

Die Folgen der Genehmigung werden allgemein in der Heilung des zugrundeliegenden Mangels gesehen. Die fehlerhaften Prozeßhandlungen werden also wirksam. Bei einer eingeschränkten Genehmigung wird nur der genehmigte Teil wirksam. Der uneingeschränkt erteilten Genehmigung wird dabei eine rückwirkende Kraft zuerkannt.¹ Teilweise wird dies mit einem Hinweis auf §§ 89 Abs. 2, 551 Nr. 5, 579 Abs. 1 Nr. 4 und 1041 Abs. 1 Nr. 3 ZPO begründet.²

Hellwig nennt als weitere Begründung noch § 184 BGB, der allgemeine Gültigkeit habe.³ Eine nähere Begründung findet sich nur bei Anton⁴, wonach die bisherige Prozeßführung als Grundlage weiterhin erhalten bleiben soll, indem die der jeweiligen Prozeßhandlung eigentümliche Lage bewahrt werde.⁵ Bei einer Genehmigung mit

1 so RG, JW 1915, 36; RGZ 96, 48; RG, JW 1895, 237; RGZ 161, 351; RG, Seuff Arch 47, Nr. 95; 54, S. 211; vgl. auch BGH, MDR 1951, 733; Jauernig § 21 V 1, S. 56; im Ergebnis auch Goldschmidt, S. 125; Hellwig, Lehrbuch II, S. 339; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 56 Anm. 1 C; Stein/Jonas/Schönke/Pohle § 85 Anm. V; BGH, NJW 1967, 2304; BFH, NJW 1972, 80; BGH, BB 1972, 251; BSG, MDR 1971, 615; BGHZ 10, 147; BGH, NJW 1957, 1470.

2 so Hellwig, Lehrbuch II, S. 389; Wieczorek § 80 Bem. B III.

3 vgl. Hellwig, Lehrbuch II, S. 438 Rdn. 27; Hellwig, System I, S. 176.

4 siehe Anton, S. 96ff.

5 so Anton, S. 97.

ex nunc-Wirkung wäre der gegnerischen Prozeßführung die Grundlage entzogen, so daß der Gegner seine Prozeßhandlungen wiederholen müßte. Auch die Interessen der Beteiligten werden durch eine Rückwirkung als ausreichend gewahrt angesehen.¹ Für eine teilbare Genehmigung ist deren Rückwirkung jedoch nicht ohne weiteres zu übernehmen:

Hier entfällt bereits das Argument, das bisherige prozessuale Verhalten des Gegners schützen zu wollen. Bei der Zulassung der Teilbarkeit einer Prozeßführung wurde diese Begründung schon widerlegt.² Auch eine eingeschränkt erteilte Genehmigung hat den Zweck, den genehmigten Teil als weitere Prozeßgrundlage nutzen zu können.³ Wollte man dieser Genehmigung insoweit keine Rückwirkung zuerkennen, wäre auch der gegnerischen Prozeßführung die Grundlage entzogen. Der Gegner müßte insoweit seine Prozeßhandlungen wiederholen. Der Vorteil, den eine Genehmigung überhaupt bietet, wäre dann jedoch beseitigt.

Daher ist die für die uneingeschränkt erteilte Prozeßführungsgenehmigung anerkannte Rückwirkung auch bei einer eingeschränkt erteilten Prozeßführungsgenehmigung anzunehmen.

II. Fristen zur Genehmigungserteilung

In der Zivilprozeßordnung finden sich verschiedene Regelungen, die eine Vornahme bestimmter Prozeßhandlungen innerhalb einer bestimmten Frist vorsehen (vgl. etwa §§ 339 Abs. 1, 516, 519 Abs. 2 oder auch §§ 273 Abs. 2, 275 Abs. 1, 276 Abs. 1, 296 ZPO). Daher stellt sich die

1 so Anton, S. 98; vgl. die Anmerkung von Baur zu BGH, JZ 1958, 245 daselbst.

2 vgl. S. 91f dieser Arbeit.

3 vgl. S. 81f dieser Arbeit.

Frage, ob innerhalb einer bestimmten Frist die Genehmigung erteilt werden muß.

Fristen sollen einmal den Parteien ausreichend Überlegungszeit für das weitere Vorgehen geben. Darüber hinaus sollen sie jedoch Verzögerungen durch eine Partei verhindern.¹ Hierdurch wird das öffentliche Interesse an der Vermeidung endloser Rechtsstreite als auch die Partei vor einer Verzögerungstaktik des Gegners geschützt.

Deshalb könnte hier der Schutz des Gegners einer verspätet erteilten Genehmigung entgegenstehen. Doch wird dieser oft ein Interesse daran haben, daß wenigstens ein Teil der bisherigen Prozeßführung weitergilt. Er als Kläger kann umso rascher einen Titel erwirken. Die Abweisung der Klage durch ein Prozeßurteil liegt nicht in seinem Interesse. Er müßte dann einen weiteren Rechtsstreit unter Aufwendung von Zeit, Kosten und Mühe einleiten. Daher kann eine Genehmigung auch noch nach Ablauf der für die konkrete Prozeßhandlung vorgesehenen Frist vorgenommen werden, wenn die unwirksame Prozeßhandlung nur fristgerecht vorgenommen worden war.²

Eine weitere Fristenregelung zur Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung ergibt sich aus §§ 56 Abs. 2, 89 Abs. 1 ZPO. In diesen Fällen ist der Mangel erkannt oder gerügt worden. Sobald der Mangel bekannt ist, hat die Genehmigung innerhalb einer vom Gericht zu setzenden Frist zu erfolgen. Im übrigen kann die Genehmigung in jeder Lage des Verfahrens erteilt werden.³ Selbst in der Rechtsmittelinstanz kann diese Erklärung noch abgegeben werden.⁴

1 so auch Jauernig § 79 IV, S. 259f; Blomeyer § 25 I, S. 106f; Nikisch § 62 I 2, S. 241.

2 im Ergebnis auch v. Welck, Gruch 36, 497/530; RGZ 90, 87; Güntzel, S. 112; Rosenberg, Stellvertretung, S. 627f; Anton, S. 101.

3 vgl. Stein/Jonas/Schönke/Pohle § 56 Anm. I 3.

4 so RGZ 126, 263; auch OGHZ 2, 13.

Eine Grenze wird darin gesehen, daß ein Gericht eine Prozeßhandlung bereits als fehlerhaft zurückgewiesen hat und die Genehmigung erst dann erteilt wird.¹ Da eine Partei nicht vor einer Änderung der Verfahrenslage in der Rechtsmittelinstanz geschützt wird, kann auch hier eine solche Genehmigung nicht durch die Zurückweisung des Gerichts ausgeschlossen werden. Schließlich wird der Gegner nach § 579 Abs 1. Nr. 4 ZPO selbst nach Rechtskraft des Urteils nicht vor einer neuen Verhandlung geschützt, die völlig anders als die bisherige Prozeßführung verlaufen kann. Daher besteht für die Erteilung einer eingeschränkten Prozeßführungsgenehmigung keine eigene Frist.

III. Form der eingeschränkten Genehmigungen

Nach überwiegender Ansicht bedarf die prozessuale Genehmigungserklärung nicht der für die Prozeßhandlung selbst vorgeschriebenen Form.²

Diese Auffassung gründet sich auf den Wortlaut der §§ 89 Abs. 2, 551 Nr. 5, 579 Nr. 5 ZPO, der keinen Unterschied macht, ob ausdrücklich oder "stillschweigend" genehmigt wird. Das Gesetz geht damit von der Möglichkeit einer formlosen Genehmigung aus. Eine stillschweigende Genehmigung wird beispielsweise gesehen in der rügelosen Fortführung des Prozesses³ oder im Zueigenmachen des bisherigen Prozeßergebnisses.⁴

1 siehe hierzu RG, Gruch 40, 385; Hellwig, Lehrbuch II, S. 340 Fn. 28; Nußbaum, S. 98 einerseits; andererseits OLG Hamburg, Seuff Arch 54, 211ff.

2 vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 56 Anm. 1 C und § 89 Anm. 3; Hellwig, Lehrbuch II, S. 339; Nußbaum, S. 99; Thomas/Putzo § 51 Anm. III 4 d und § 89 Anm. 3; Wach I, S. 599; anders nur Luxemburg, S. 34f.

3 so RGZ 126, 263.

4 vgl. RGZ 161, 351.

Allenfalls zum sicheren Nachweis der Genehmigung für das Innenverhältnis wird eine schriftliche Vorlage verlangt.¹ Teilweise wird jedoch auch jedes Beweismittel zugelassen.²

Hier besteht nunmehr die Besonderheit für eine Erklärung der nur eingeschränkt erteilten Prozeßführungsgenehmigung. Stillschweigend kann eine solche Genehmigung nicht in einen Rechtsstreit einfließen, da die übrigen Beteiligten nicht feststellen könnten, welche Teile der bisherigen Prozeßführung überhaupt noch gelten sollen. Jeder könnte dann fälschlicherweise von einer Genehmigung der gesamten Prozeßführung ausgehen. Daher ist für die eingeschränkte Prozeßführungsgenehmigung Schriftform zu verlangen, die auch durch ausdrückliche Erklärung zu Protokoll erfüllt wird. Nur so wird gewährleistet, daß der noch geltende Umfang der bisherigen Prozeßführung allen Beteiligten eindeutig verständlich ist und jeder sein weiteres prozessuales Verhalten darauf einrichten kann.

Eine derartige Regelung paßt ferner in das System der ZPO. §§ 129ff ZPO sehen ausdrücklich Schriftform vor. Insbesondere § 130 ZPO verlangt eine Klarstellung der Parteien, welchen Umfang der Vortrag einer Partei haben soll.

Auch § 253 ZPO verlangt eine klare schriftsätzliche Darstellung, in welchem Umfang ein Anspruch geltend gemacht wird.

Bei einer Streitverkündung ist gem. § 73 ZPO dem Dritten per Schriftsatz mitzuteilen, in welcher Lage sich der Rechtsstreit befindet. Daher ist die eingeschränkt erteilte Prozeßführungsgenehmigung schriftsätzlich in den Rechtsstreit einzuführen, wobei eine Erklärung zu Protokoll ebenfalls ausreicht.

1 Hellwig, Lehrbuch II, S. 429; Nußbaum, S. 99f.

2 so RG, JW 1919, 36; RGZ 64, 217; Wieczorek § 89 Anm. B II a.

IV. Der Adressat einer solchen Erklärung

Für die unteilbare Genehmigung der Prozeßführung gehen die Meinungen über den richtigen Adressaten der Erklärung auseinander:

Die weitestgehende Ansicht läßt eine Genehmigung alternativ dem Gericht, dem Gegner oder dem falsus procurator gegenüber zu.¹

Nach anderer Auffassung können nur das Prozeßgericht oder der Gegner Adressat einer Genehmigung sein.²

Die strengste Meinung sieht ausschließlich das Gericht als richtigen Empfänger der Genehmigungserklärung an.³

Sowohl für die Entscheidung dieser Frage als auch für die Beurteilung des richtigen Adressaten einer geteilten Prozeßführungsgenehmigung ist auf die Interessen der Beteiligten an der Kenntniserlangung der Genehmigung und des Umfangs der Genehmigung abzustellen:

Hier haben das Gericht als auch der Gegner sowie gegebenenfalls Streitverkündete ein erhebliches Interesse an einer Kenntniserlangung. Sie müssen infolge der veränderten Prozeßsituation jeweils ihr weiteres prozessuales Verhalten darauf einstellen. Daher scheidet eine Erklärung etwa nur gegenüber dem die genehmigungsbedürftigen Prozeßhandlungen Vornehmenden aus. Im Unterschied zur Vollmachtserteilung, die nur gegenüber dem Prozeßvertreter erfolgen kann, ist hier auch das Gericht beteiligt. Im übrigen führt die Genehmigung als solche nicht dazu, daß der falsus procurator auch

1 so die h.M.: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 89 Anm. 3 b; Rosenberg/Schwab § 44 III 2, S. 234; Rosenberg, Stellvertretung, S. 631; Seuffert/Walsmann § 56 Anm. 1 b und § 89 Anm. 4; Wach I, S. 598; Gaupp/Stein § 89 Anm. B.

2 vgl. Hellwig, Lehrbuch II, S. 428; derselbe, System I, S. 192.

3 so Wieczorek § 56 Anm. B III b 1.

tatsächlich am Prozeß weiter beteiligt wird. Hierin liegt der Unterschied zur Vollmachtserteilung. Insbesondere bei der Möglichkeit einer nur teilweisen Genehmigung haben das Gericht und der Gegner ein erhebliches Interesse daran zu wissen, in welchem Umfang die bisherige Prozeßführung des Prozeßunfähigen oder falsus procurator weiter gilt. Es besteht zwischen Gericht, Kläger und Beklagtem das sog. Prozeßrechtsverhältnis. So wird die Summe der unter den Prozeßbeteiligten bestehenden rechtlichen Beziehungen bezeichnet.¹ Dem Gericht und den Parteien obliegen Pflichten und Lasten, ohne die eine sinnvolle Durchführung des Rechtsstreits nicht denkbar wäre. So hat das Gericht bei Entscheidungsreife nach § 300 ZPO ein Endurteil zu fällen. Den Parteien obliegen grundsätzlich Lasten, bei deren Nichtbeachtung Nachteile drohen (z.B. freie Beweiswürdigung bei Aussageverweigerung einer Partei gem. §§ 453 Abs. 2, 446 ZPO). Aber auch Pflichten bestehen für eine Partei, wie etwa die Prozeßförderungspflicht nach §§ 282 Abs. 1, 277 Abs. 1, 340 Abs. 3 ZPO. Bei Erteilung einer teilweisen Genehmigung haben die Prozeßbeteiligten einen Anspruch darauf, den Umfang der weiter geltenden Prozeßhandlungen zu kennen. Aus der Prozeßförderungspflicht muß daher gefolgert werden, daß der Genehmigende den übrigen Prozeßbeteiligten den Umfang seiner Genehmigungserklärung zur Kenntnis bringt. Andernfalls ist eine ordnungsgemäße Weiterführung des Rechtsstreites ausgeschlossen.

Daher sind das Gericht und der Gegner als richtige Adressaten anzusehen. Dabei mag es genügen, wenn die eingeschränkt erteilte Genehmigung etwa schriftlich ausgesprochen wird durch Einreichung eines Schriftsatzes bei Gericht und der Gegner durch Erhalt einer Abschrift entsprechend informiert wird.

1 Jauernig § 32 Anm. I, S. 100.

V. Einfluß des nicht genehmigten Teiles auf die Prozeßführung

Für den Genehmigungsberechtigten stellt sich vor Abgabe einer entsprechenden Erklärung die Frage, ob der von ihm nicht genehmigte Teil der Prozeßführung auf den weiteren Verlauf des Rechtsstreites einen Einfluß haben kann. In diesem Fall wäre eine völlige Genehmigungsverweigerung für ihn unter Umständen günstiger.

Für den gewillkürten Parteiwechsel spricht de Boor einem nicht genehmigten Geständnis die Funktion eines Indizes zu. Dieses Geständnis entspreche der Wahrheit und sei deshalb verwertbar.¹ Daher könne man an eine freie Beweismwürdigung im Rahmen des § 286 ZPO denken und den nicht genehmigten Teil entsprechend berücksichtigen.

Dagegen spricht jedoch bereits für den gewillkürten Parteiwechsel die Tatsache, daß etwa der nicht passivlegitimierte alte und später ausscheidende Beklagte weitreichende Zugeständnisse machen konnte, ohne selbst hierdurch irgendwelche Nachteile befürchten zu müssen.

Daher kann man für den gewillkürten Parteiwechsel bereits nicht von einer Indizwirkung des nicht genehmigten Teils der bisherigen Prozeßführung ausgehen.

Für den Fall einer eingeschränkt erteilten Prozeßführungsgenehmigung entwertet eine derartige Indizwirkung das bisher gefundene Ergebnis völlig. Der Genehmigende müßte damit rechnen, daß praktisch die gesamte bisherige Prozeßführung zumindest indirekt für und gegen die Partei wirkt. Der Vorteil, den gerade eine beschränkbare Genehmigung gewähren soll, wäre hierdurch beseitigt. Gegen eine solche Verwertungsmöglichkeit spricht auch, daß durch den genehmigten Teil gleichzeitig die Genehmigungsverweigerung für den übrigen

1 so de Boor, S. 106.

Teil ausgesprochen wird. Der bis dahin schwebend unwirksame Teil der Prozeßführung wird bei teilweiser Genehmigungsverweigerung endgültig unwirksam, was einer Nichtigkeit gleichzustellen ist.¹ Gerade ein solcher Teil der Prozeßführung soll nicht als Grundlage einer gerichtlichen Entscheidung dienen, wie sich aus § 579, dort insbesondere Abs. 1, ZPO ergibt. Andernfalls würde der Schutz des Prozeßunfähigen bzw. vollmachtlosen Vertreters umgangen. Daher darf der nicht genehmigte und damit nichtige Teil der Prozeßführung im weiteren Verfahrensablauf keine Berücksichtigung finden. Eine Indizwirkung kommt ihm nicht zu.

¹ so ausdrücklich BGH, NJW 1964, 347.

5. Teil Übertragbarkeit der Ergebnisse auf andere Ver- fahrensordnungen

In den sonstigen Gerichtsverfahrensordnungen wird üblicherweise Bezug auf die gesetzlichen Regelungen der Zivilprozeßordnung genommen.¹

Die zu den einzelnen Verfahrensordnungen ergangene Rechtsprechung und Literatur nimmt auf die Zivilprozeßordnung Bezug. Soweit sich in diesen Prozeßordnungen Vorschriften über die Prozeßführungsgenehmigung finden, stimmen sie mit denen der Zivilprozeßordnung überein.

Dennoch sollten die hier gefundenen Ergebnisse nicht ohne nähere Prüfung in den übrigen Prozeßordnungen übernommen werden. Wegen des dort geltenden Untersuchungsgrundsatzes bedarf es hierzu vielmehr einer genaueren Untersuchung, die den Rahmen dieser Arbeit sprengte. Das hier vertretene Ergebnis beschränkt sich daher auf den Bereich des Zivilprozeßrechts.

1 vgl. bereits S. 40ff. dieser Arbeit.

6. Teil Zusammenfassung und Ausblick

Die vorstehende Ausarbeitung hat gezeigt, daß die Prozeßführungsgenehmigung nicht nur insgesamt erteilt, sondern auch beschränkt werden kann. Dabei können sowohl einzelne Prozeßhandlungen als auch Teile einer einzigen Prozeßhandlung genehmigt werden. Der Normzweck der Genehmigungsvorschriften läßt eine solche Auslegung zu. Die grundsätzlichen, in der Zivilprozeßordnung zum Ausdruck kommenden gesetzgeberischen Wertungen stehen dem hier vertretenen Ergebnis nicht entgegen. Somit besteht keine Bindung an die bisherige Prozeßführung bei deren Genehmigung.

Eine Frist zur Erteilung der Genehmigung besteht nicht. Aus Gründen der Klarheit und Sicherheit ist für eine eingeschränkte Genehmigungserteilung Schriftform bzw. Erklärung zu Protokoll des Gerichts zu verlangen, damit alle am Rechtsstreit Beteiligten Kenntnis über den Umfang der noch geltenden Prozeßhandlungen erlangen können.

Im Laufe der Ausarbeitung einer Teilbarkeit der bisherigen Prozeßführung anläßlich ihrer Genehmigung stellte sich die weitergehende Frage, ob auch einzelne Prozeßhandlungen teilbar sind.¹ Es kann sich bei der Prozeßführungsgenehmigung für den Genehmigenden ergeben, z.B. nur einen Teil eines Geständnisses genehmigen zu wollen. Der zur Genehmigung Aufgerufene kann hier in einen Konflikt geraten, wenn er etwa aufgrund genauerer Tatsachenkenntnis die teilweise Unrichtigkeit des von ihm zu genehmigenden Geständnisses kennt. Dies ist insbesondere in den Fällen von Bedeutung, in denen eine Genehmigung zur Fristenwahrung und Vermeidung weiterer Nachteile geboten ist.²

Auch im Hinblick auf § 322 Abs. 2 ZPO, wonach über eine zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung rechtskräftig

1 Soweit ersichtlich, hat sich Anton bislang als erster mit dieser Frage beschäftigt; vgl. dazu Anton, S. 157ff.

2 vgl. hierzu bereits S. 84ff dieser Arbeit.

entschieden wird, ist eine teilbare Genehmigung einer Aufrechnungserklärung sinnvoll. Der zur Prozeßführung Berechtigte hat vielfach eine bessere Übersicht, inwieweit ein Anspruch oder dessen Teile einer Aufrechnung fähig sind oder nicht. Er kann wegen seiner besseren Tatsachenkenntnis beurteilen, ob eine Forderung erfolgreich zur Aufrechnung gestellt werden kann. Nicht zuletzt im Hinblick auf die Kostenregelung des § 19 Abs. 3 GKG, wonach die hilfsweise Aufrechnung mit einer bestrittenen Gegenforderung den Streitwert um den Wert der Gegenforderung erhöht, besteht ein erhebliches Interesse daran, auch hier eine Teilbarkeit zuzulassen.

Ob eine Teilbarkeit einer einzelnen Prozeßhandlung möglich ist, bedarf einer genauen Untersuchung, die jedoch den Rahmen dieser Ausarbeitung sprengt. Diese Frage wird man nicht für sämtliche Prozeßhandlungen einheitlich prüfen können. Vielmehr ist zu unterscheiden zwischen den Prozeßhandlungen als Erwirkungs- sowie Bewirkungshandlungen.¹ Die unterschiedlichen Wirkungen dieser Prozeßhandlungen bedingen eine getrennte Prüfung.

Ferner ist die Entscheidung des Bundesgerichtshofes hier besonders zu berücksichtigen, als die Teilbarkeit einzelner Prozeßhandlungen möglicherweise eine Unübersichtlichkeit der Prozeßführung auslösen könnte.²

Letztlich soll diese Frage im Rahmen der vorliegenden Ausarbeitung jedoch offengelassen werden.

1 vgl. hierzu Jauernig § 30 III, S. 92.

2 vgl. BGHZ 92, 137/141.

Lebenslauf

Am 25. August 1953 wurde ich als Sohn des Stadtverwaltungsrates Hans Fenger und seiner Ehefrau Adele geb. von Kronenberg in Wesel geboren.

Nach dem Besuch der Volksschule in Haltern und des Staatlichen Gymnasiums in Emmerich legte ich im Mai 1972 das altsprachliche Abitur ab. Nach Ableistung des Zivildienstes begann ich 1973 das Studium der Rechtswissenschaften an der Westfälischen Wilhelms Universität in Münster. Im September 1977 legte ich beim Oberlandesgericht in Hamm das erste juristische Staatsexamen ab. Daran schloß sich sofort die Referendarzeit an, die mit der Absolvierung des zweiten juristischen Staatsexamens beim Justizministerium in Düsseldorf im Mai 1980 endete.

Seit 1980 bin ich als Rechtsanwalt in Münster tätig.

